

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
سلسلة نشر الرسائل الجامعية

- ١٢ -



التجربة في الموقف الإسلامي في الأندلس

عائفة

الدكتور عبد بن عبد الواحد بن عبد الكريم بن
الأستاذ المساعد في كلية الشريعة في الرياض

طبع على نفقة صاحب السيرة الفكر

الأمير سلطان بن عبد العزيز

الدكتور العالي لرئيس مجلس الوزراء وزير الدفاع والطيران والمفتش العام



١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م
بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حقوق الطبع والنشر محفوظة للجامعة
الطبعة الأولى

١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م

تقديم لمعالي مدير الجامعة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. أما بعد :

فامتداداً لاهتمام الجامعة بنشر الرسائل العلمية ، اختيرت رسالة (التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي) من إعداد الدكتور عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس ، وقد شمل هذا البحث تمهيداً وبابين وخاتمة .

أما التمهيد فقد تضمن التعريف بالعقد والتصرف ، وطبيعة التصرفات الموقوفة .
وأما البابان فقد تناول فيهما التصرفات العقدية ، وغير العقدية بتفصيل دقيق ،
وبيان شاف .

وختم البحث بأهم النتائج التي توصل إليها ، وبعمل فهرس للآيات والأحاديث والآثار وأعلام الأشخاص والمراجع والموضوعات ، مما يخدم القارئ ويسهل عليه الوصول إلى غايته بيسر وسهولة .

لقد بذل الباحث - جزاه الله خيراً - جهداً كبيراً في جمع جزئيات هذا البحث المتفرقة في أبواب الفقه المختلفة ، وجعلها كتاباً مستقلاً ، ولا شك أنه بهذا العمل الطيب يخدم دينه وأمته ، ويضيف لبنة جديدة في بناء الفقه الإسلامي الكبير .

وهذا الكتاب يصدر ضمن سلسلة علمية مختارة من الكتب ، رأت الجامعة إصدارها بمناسبة انتقالها إلى المدينة الجامعية الجديدة ، إسهاماً منها في خدمة اللغة

العربية ، والثقافة الإسلامية ، والفكر الإسلامي الأصيل ، ولتؤكد أن البناء الحضاري الشاخص لا يقتصر على المادة ، وإنما يتجاوز ذلك إلى نهضة في الفكر ، ونشاط في التدريس والبحث العلمي ، وخدمة المجتمع والدعوة الإسلامية ، وأن هذه المدينة الجديدة ينبغي أن تكون عوناً وحافزاً للجامعة على التقدم والرقى في جميع المجالات ، وأن تكون من شواهد الأعمال المجيدة لحكومة خادم الحرمين الشريفين - أيده الله - في خدمة العلم وأهله وطلابه .

وقد تفضل صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبد العزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام بطباعة هذا الكتاب على نفقته الخاصة ؛ إسهاماً منه في خدمة العلم . فجزاه الله خير الجزاء ، وجعل صنيعه من الأعمال الصالحة والصدقات الجارية المقبولة ، وله من منسوبي الجامعة ، ومن طلبة العلم كل الشكر والتقدير .

نفع الله تعالى بهذا الجهد العلمي وجعله خالصاً لوجهه الكريم .
وصلّى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين .

مدير جامعة

الإمام محمد بن سعود الإسلامية

عبد الله بن عبد المحسن التركي

« المقدمة »

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، وعلى آله وأصحابه ، ومن دعا بدعوته ، وبعد :-

فإنه من دواعي فخري واعتزازي أن أكون أحد طلاب كلية الشريعة بالرياض ، وأحد الباحثين في فقه الشريعة الإسلامية ، ولما كنت أحد المتقدمين لنيل درجة الدكتوراه في هذه الكلية ، فقد أخذت أعمل فكري مدة من الزمن ، وأقلب صفحات الكتب من أجل اختيار موضوع يتناسب مع تخصصي ، ويكشف عن القدرات العلمية والعقلية ، وكيفية العرض والاستدلال والمناقشة والترجيح بطرق علمية متقنة .

وقد وقع نظري على اختيار موضوع « التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي » ذلك أن البحث في هذا الموضوع يقتضي الاطلاع على جميع أبواب الفقه ، من عبادات ، ومعاملات ، وجنايات وغيرها ، فجزئيات هذا البحث متفرقة ، وحرى بها أن تجمع في كتاب مستقل يسهل على القارئ الاطلاع عليها ، على أن بعض الجوانب من هذا البحث لم أر من كتب عنها كتابة مستقلة ، من ذلك طبيعة التصرفات الموقوفة ، والتصرفات غير العقدية الموقوفة في الفقه الإسلامي ، أضف إلى ذلك أن بعض من كتب عن التصرفات الموقوفة أدخل فيها ما ليس منها ، ولعل السر في ذلك أنهم لم يتوصلوا للمعايير الصحيحة التي توضح طبيعة التصرفات العقدية الموقوفة في الفقه الإسلامي وتميزها عن غيرها .

وقد استعنت بالله وبدأت أجمع المادة العلمية بجد وعزيمة من المصادر والمراجع التي تيسرت لي في داخل المملكة وخارجها .

منهج وطريقة البحث :-

(١) لقد اقتصرنا في البحث في هذه الرسالة على ذكر أقوال أصحاب المذاهب الأربعة (الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة) لأنها هي المذاهب المعتمدة والمشهورة في العالم الإسلامي ، إلا أنني أذكر أحيانا رأي الظاهرية في بعض المسائل ، وكذلك رأي النخعي ، والأوزاعي ، والحسن البصري ، ومحمد بن سيرين ، وغيرهم من علماء أهل السنة إذا كان البحث يستدعي ذلك .

(٢) أرجع إلى المصادر الأصلية في كل مذهب من هذه المذاهب في جميع جزئيات البحث ، رغم أنني في بعض الجزئيات - وهي قليلة - لم أذكر فيها رأي بعض المذاهب ؛ لأنني لم أجد لهذا المذهب قولاً في هذه المسألة ، إما لأنه ليس بموجود فعلاً ، أو أنني لم أظفر به أثناء البحث .

(٣) اتبعت في هذه الرسالة منهج التوثيق بالنص ، أي أنني أقوم أولاً بعرض المذاهب أو القول ثم أقوم بتوثيقه بعد ذلك بنص يؤيده من المصادر الأصلية المعتمدة ، ثم أشير إلى المراجع ، وأذكر بعض النقول المؤيدة لذلك من الكتب في الهامش أو أكتفي بالإشارة إليها .

(٤) قمت بتخريج الأحاديث الواردة في هذا البحث ، وذلك بذكر من أخرجه واسم الكتاب والجزء ورقم الصفحة ، وإذا كان في الحديث علة أو ضعف والبحث يستدعي توضيح ذلك ذكرته مشيراً إلى المراجع في ذلك .

(٥) ترجمت لجميع الأعلام الذين ورد ذكرهم في هذا البحث واهتديت إلى تراجمهم سواء كانوا مشهورين أو غير مشهورين .

خطة البحث :-

البحث في جملته يتكون من تمهيد وباين وخاتمة .
أما التمهيد فقد اشتمل على : التعريف بالعقد والتصرف ، وطبيعة
التصرفات الموقوفة .

وأما البابان فقد اشتملا على : أحد عشر فصلا في التصرفات العقدية ،
وكل فصل شمل عدة مباحث ، وفي التصرفات غير العقدية أربعة فصول
وكل فصل شمل عدة مباحث ، وأما الخاتمة ، فقد تضمنت أهم النتائج التي
انتهت إليها .

هذا ولا يفوتني أن أنوه بأنه ما كان لي أن أمضي في هذا البحث لولا
أن قيض الله سبحانه وتعالى لي أساتذة أجلاء ، ومشايخ فضلاء ، تلقيت
على أيديهم أصول المسائل العلمية في كلية الشريعة ثم في الدراسات العليا
بها ، ومنهم أستاذي الدكتور / حسن صبحي أحمد المشرف على الرسالة
الذي أعطاني من وقته وبذل قصارى جهده ، وفضيلة الشيخ صالح العلي
الناصر رئيس قسم الفقه بكلية الشريعة يرحمه الله .

هذا وأسأل الله العلي العظيم أن يوفقنا لما فيه الخير وأن يهدينا صراطه
المستقيم إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير ، وصلى الله على محمد وعلى
آله وصحبه أجمعين .

التمهيد

وسأعرض فيه للتعريف بالعقد والتصرف ، وطبيعة التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي وذلك في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : التعريف بالعقد والتصرف

كلمتا العقد والتصرف تردان كثيرا في كتب الفقه^(١) وفي أثناء المعاملات المالية بين الناس ، ولما بينهما من التشابه من بعض الوجوه فإنه يلبس فهم المراد منهما على بعض الباحثين ، وهذا يستلزم منا الإشارة ، وتوضيح المراد بكل منهما في اللغة والاصطلاح .

معنى العقد في اللغة :

تطلق كلمة العقد في اللغة على معان منها الشد والربط والإمساك والتوثيق ، والجمع بين أطراف الشيء ، والإحكام . تقول : عقدت الحبل إذا شدته ، وعقدت البناء بالحصص ألزقته ، وعقد التاج فوق رأسه ، واعتقده عصبه به ، وعقد اليمين توثيقها مع العزم عليها^(٢) .

قال ابن فارس^(٣) : « العين والقاف والdal أصل واحد يدل على شد وشدة وتوثق

(١) انظر في ورود كلمة العقد والتصرف في كتب الفقه - مثلا - تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤/٢ ، وفتح القدير لابن الهمام ٣١٠/٦ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٨ ، ونهاية المحتاج للرملي ١٦٩/٤ ، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤٨٥/٤ ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٩/٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٢/٢ ، وكشاف القناع للبهوتي ١٥١/٣ .

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس ٦/٤ ، ٨٧ مادة « عقد » ، كليات أبي البقاء ص ٢٤٠ ، أساس البلاغة للزمخشري ١٣١/٢ ، القاموس المحيط ٣١٢/١ ، ٣١٣ ، المصباح المنير للفيومي ٧٢/٢ ، الصحاح للجوهري ٥١٠/٢ ، تهذيب الأسماء واللغات للنووي القسم الثاني ص ٢٧ ، ٢٨ .

(٣) ابن فارس : هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين من أئمة اللغة والأدب قرأ عليه البديع الهمداني ، والصاحب بن عباد وغيرهما من أعيان البيان ، وكان فقيها شافعيًا ثم انتقل إلى مذهب مالك في آخر أمره ، توفي سنة ٣٩٥ هـ .

له تصانيف منها : « المجمل في اللغة » و « حلية الفقهاء » و « فقه اللغة » و « مقاييس اللغة » و « جامع التأويل في تفسير القرآن »

انظر في ترجمته : نزهة الألباء في طبقات الأدباء ص ٣٢٠ وما بعدها وبتيمة الدهر للثعالبي ٤٠٠/٣ (تحقيق محمد عبد الحميد) والدياج المذهب ص ٣٦ والأعلام للزركلي ١٥٣/١ .

وإليه ترجع فروع الباب كلها»^(١) .

وإذا ما نظرنا إلى كلام أهل اللغة في الشد والتوثق والربط وجدناه على ضربين :

أ - إما حسي كما في عقد الحبل ، وعقد التاج فوق الرأس .

ب - وإما حكمي كعقد البيع والعهد واليمين^(٢) .

وعليه فإن المعنى اللغوي لكلمة العقد لا يخرج عن أمرين :

إما الجمع بين شيئين أو أشياء كما في عقد الحبل ، وعقد البناء بالجلس ، أو إحكام

الشيء وتقويته كما في العهد واليمين .

معنى العقد في اصطلاح الفقهاء :

العقد في اصطلاح الفقهاء فيه خلاف ، ولعل منشأ الخلاف فيه هو النظر إلى ما دلت عليه كلمة عقد في اللغة ، فمن رأى أن دلالتها على الجمع والربط أخذ العقد بمعنى الربط بين الكلام في الاتفاقات التبادلية ، وتلك هي نظرة جمهور الفقهاء ، ووجهة نظرهم هذه لا تفهم إلا من تتبع كلامهم في تعريف كل عقد ، لذا يمكننا أن نقول بأنهم يرون أن العقد : هو الربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما^(٣) .

(١) مقاييس اللغة ٨٦/٤ .

(٢) انظر المراجع السابقة في معنى العقد في اللغة .

(٣) جاء في العناية للباقر في الكلام على تعريف البيع : « قال رحمه الله : البيع ينقذ بالإيجاب والقبول ، والانقضاء ههنا تعلق كلام أحد العقادين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل » .

انظر العناية مطبوع بهامش فتح القدير ٧٤/٥ ، وجاء في درر الحكم لمن لا خسرو ٣٢٦/١ « المراد بالعقد هو ارتباط أجزاء التصرف الشرعي نحو ، زوجت وتزوجت ، وكذا بعت واشتريت ، فإن الشارع قد جعل بعض المركبات الإخبارية إنشاء ، بحيث إذا وجد معه معنى شرعي يترتب عليه حكم شرعي مثلا إذا قيل : زوجت وتزوجت ، وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة ، وكذا إذا قيل : بعت واشتريت ، وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين » .

وجاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ١٢/٣ « ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول » . وانظر في تعريف بعض العقود البدائع للكاساني ٢٠/٦ ، ٧٩ ، ١١٥ ، ١٣٥ ، ١٧٥ ، ١٨٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤ ، وفتح القدير لابن الهمام ٣٨٩/٥ . وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢١٦/٢ ، ٢/٣ ، ٢٣١ ، ٣٧٧ ، ٢/٤ .

وبناء على هذا التعريف فإن العقد يستوجب وجود طرفين لكل طرف منهما إرادة تتفق ، وتتوافق مع إرادة الطرف الآخر .

وأما من رأى بأن العقد يطلق على إحكام الشيء وتقويته كما في العهد واليمين وكل التزام لا يخلو من عهد ، والعهد عقد في لغة العرب ، عرّف العقد بأنه : كل تصرف تضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه فيشمل عندهم الارتباط الحاصل بين جانبيين كالبيع والإجارة والوكالة والزواج وما إلى ذلك ، كما يشمل التصرفات التي تتم من قبل طرف واحد كالطلاق والعق والبراء والوقف والنذر ونحو ذلك لما فيها من العزم ، وعقد الإرادة على تنفيذها^(١) .

وإذا عرفنا أن العقد يطلق في الاصطلاح الفقهي على معنيين أحدهما خاص والآخر عام كما سبق فإن المتبادر إلى الذهن عند إطلاق كلمة العقد هو المعنى الخاص للعقد وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي يقرره الشارع ، وهذا المعنى هو الشائع الكثير المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح^(٢) .

= وانظر : المجموع شرح المذهب ١٧/٩ ، ونهاية المحتاج ٣٦١/٣ ، ٢٢٩/٤ ، ١٤/٥ ، ٢٥٩ ، ٤٠٣ ، و ١٧٣/٦ ، ١٧٥ .

والمعنى لابن قدامة ٥٦١/٣ ، ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٣٨/١ ، ٣٩٠ ، ٤٧٦ ، ١٥٦/٢ ، وكشاف القناع ٤٧/٣ .

(١) جاء في المجموع شرح المذهب للنووي ٢٨٢/٩ في الكلام على بيع الفضولي : « يطرد هذا القول في كل عقد يقبل الاستنابة كالبيع والإجازات والهبات والعق والنكاح وغيرها » . ١٠ هـ . ففي هذا النص الفقهي عدّ صاحب المجموع العقق من العقود مع أنه يتم بإرادة واحدة كما لا يخفى .

وورد في أحكام القرآن للجصاص ٢٨٥/٣ ما يفيد إطلاق لفظ العقد على التصرفات الانفرادية فقد جاء في تفسير قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ في أول سورة المائدة ما نصه « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ، لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان ، والعقود عقود الأيمان ونحوها ، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه ، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعى في المستقبل من الأوقات فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، وسمي اليمين على المستقبل عقدا لأن الخالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك ... وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور ، وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك » .

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٠١ .

وبناء عليه : فإننا حينما نطلق كلمة العقد في هذا البحث إنما نريد بها ما ينعقد بإرادتين لا بإرادة واحدة ، تمشيا مع الرأي المشهور عند الفقهاء .

معنى التصرف في اللغة :

التصرف في اللغة يطلق على معانٍ متقاربة وهي التقلب والاحتيايل لتدبير الأمور ورد الشيء وإرجاعه كما يطلق على تغيير وجه الشيء من جهة إلى جهة .

يقال : فلان يصرف ، ويتصرف ويصطرف لعياله أي يكتسب لهم ، والصرف التقلب والحيلة ، فالصرف والصيرفي المحتال المتقلب في أموره ، المتصرف في الأمور المجرب ، وصرفه يصرفه رده . ويقال لحدث الدهر : صرف والجمع صرف ، سمي بذلك لأنه يتصرف بالناس أي يقلبهم ويردهم ، وصرفت القوم صرفا فانصرفوا إذا رجعتهم فرجعوا ، والصريف هو : صوت ناب البعير سمي بذلك لأنه يرده ويرجعه .
والصرف : أن تصرف إنسانا عن وجه يريده إلى مصرف غير ذلك ، وصرف الشيء أعمله في غير وجه كأنه يصرفه عن وجه إلى وجه آخر ، وتصريف الرياح صرفها من جهة إلى جهة^(١) .

معنى التصرف في الاصطلاح :

إذا ما أردنا أن نعرف التصرف في الاصطلاح فإننا لا نجد للفقهاء المتقدمين تعريفا لمعنى التصرف لكنهم يوردون كلمة التصرف في كتبهم^(٢) ، ويريدون بها ما يعم كل ما يحدث من المرء ويترتب عليه أثر سواء كان من الأفعال أو من الأقوال ، وسواء كانت الأقوال تثبت بإرادة واحدة أو بإرادتين ، وذلك لأن الأصل في كلمة التصرف في اللغة العموم^(٣) ، وتخصيصها بنوع دون آخر تخصيص بدون مخصص ، جاء في نهاية المحتاج

(١) الصحاح للجوهري ١٣٨٥/٤ ، القاموس المحيط ١٥٦/٣ ، أساس البلاغة ١٤/٢ ، كتاب الأفعال لابن القطاع ٢٣٨/٢ ، المصباح المنير ٣٦٢/١ ، تهذيب الأسماء واللغات القسم الثاني ص ١٧٥ .

(٢) انظر في ورود كلمة التصرف في كتب الفقه والإرادة بها العموم تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٢/٢ ، والعناية للباقرتي ٣١٠/٦ ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١١/٢ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٨ ، ونهاية المحتاج للرملي ١٦٩/٤ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج ٤٨٥/٤ ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٩٢/٢ ، وشرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢ ، وكشاف القناع ١٥١/٣ .

(٣) انظر ما سبق من تعريفنا للتصرف في اللغة .

«تصرفه - أي الرقيق - كما قال الإمام^(١) على ثلاثة أقسام: مالا ينفذ وإن أذن فيه السيد،

(١) الإمام : هو : عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن عبد الله بن حيويه الجويني النيسابوري - إمام الحرمين أبو المعالي - ولد سنة ٤١٩ هـ وتوفي سنة ٤٧٨ هـ وله من العمر ٥٩ سنة .

من مصنفاته : « النهاية » في الفقه ، و « الشامل » في أصول الدين ، و « البرهان » في أصول الفقه ، و « التلخيص » مختصر التقريب والإرشاد أصول فقه أيضا ، و « غياث الخلق » في ترجيح مذهب الشافعي .

انظر طبقات الشافعية للسبكي ١٦٥/٥ وما بعدها ، شذرات الذهب لابن العماد ٣/٣٥٨ - ٣٦٠ .

وذكر المطيعي في تكملة المجموع ١٧/٥٢٠ ، ٥٢١ . أن الإمام يحتمل أن يكون المراد به القاضي أبا الطيب (٣٤٨ - ٤٥٠ هـ) ويحتمل أن يراد به أبا المعالي الجويني إمام الحرمين (٤١٩ - ٤٧٨ هـ) لكنه رجح الأول حيث قال معلقا على قول الشيرازي . قال الشيخ الإمام - حرس الله مدته - ما نصه « يحتمل أنه يعني بهذا إمام الحرمين المتوفى سنة ٤٧٨ هـ فإذا عرفنا أن المصنف (أي الشيرازي) رحمه الله توفي سنة ٤٧٦ هـ عرفنا أن الله استجاب دعائه إلا أنه يرد على هذا أن إمام الحرمين أصغر من المصنف بنحو ست وعشرين سنة فيبعد أن ينقل عنه بهذا الاحتفاء ، ولعله لم ترد في المذهب هذه العبارة إلا في هذا الموضع إذ لم ينتبه إليها الإمام النووي رحمه الله وإلا أوضحها في خطبته العظيمة في مقدمة المجموع ، ويحتمل أن يكون مراده بالإمام - حرس الله مدته - شيخه القاضي أبا الطيب ، وهذا هو الراجح عندي » ١ . هـ .

قلت : بل إن الراجح والصحيح - والله أعلم - ما ذكرته من أن الإمام يراد به أبا المعالي الجويني ذلك أن قول الشيرازي - حرس الله مدته - يفيد أن الإمام المذكور لا يزال حيا في وقت تأليف الشيرازي لكتابه « المذهب » فإذا علمنا أن الشيرازي لم يبدأ في تصنيف كتابه إلا في سنة ٤٥٥ هـ . أي بعد وفاة القاضي أبي الطيب بخمس سنوات علمنا أن مراده - والله أعلم - بلفظ الإمام ، أبا المعالي الجويني . جاء في كشف الظنون ص ١٩١٢ « المذهب في الفروع للشيخ الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي الفقيه المتوفى سنة ٤٧٦ هـ بدأ في تصنيفه سنة ٤٥٥ هـ وفرغ منه في جمادى الآخرة سنة ٧٦٩ هـ » ١ . هـ .

وقد ذكر تاج الدين عبد الوهاب السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، في الطبقات (٣٩٨/٨ - ٣٩٩) في آخر ترجمة محيي الدين النووي ما يفيد أن الإمام يراد به أبا المعالي الجويني لا القاضي أبا الطيب فقال : « قال الرافعي في كتاب الشهادات في التوبة عن المعاصي الفعلية في التائب : أنه يختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه أصلح عمله وسريته ... وصرح النووي في الروضة بأن الأكثرين على تقدير المدة بسنة ... وكذلك البغوي في التهذيب وجماعات كلهم عزوا التقدير بالسنة إلا الأصحاب فضلا عن أكثرهم ، ولم يقل بعض الأصحاب إلا القاضي أبو الطيب والإمام ومن تبعهما فإنهم قالوا : قال بعض أصحابنا : تقدر بسنة » ١ . هـ .

والقاضي أبو الطيب : هو طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري قاض من أعيان الشافعية . ولد في آمل طبرستان سنة ٣٤٨ هـ ، واستوطن بغداد وولي القضاء بربيع الكرخ وتوفي في بغداد سنة ٤٥٠ هـ .

طبقات الشافعية للسبكي ١٢/٥ - ٥٠ ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ١٥٠ - ١٥١ .

كالولايات والشهادات وما ينفذ بغير إذنه كالعبادات والطلاق والخلع ، وما يتوقف على إذنه كالبيع والإجارة»^(١) ١ . هـ .

فقد نص على أن العبادات داخلة في التصرف ، وكذلك الطلاق ، والخلع والبيع والإجارة ، وبناء على ما فهمه العلماء من عموم التصرف عرفه بعضهم بأنه : كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا أو حكما معينا»^(٢) .

أنواع التصرف :

التصرف كما هو ظاهر من التعريف السابق نوعان :

أ - تصرف فعلي .

ب - تصرف قولي .

فالتصرف الفعلي هو ما يتم بفعل مادي كالصلاة والزكاة والحج واستلام المبيع^(٣) والسرقة والغصب ونحو ذلك .

والتصرف القولي ثلاثة أنواع :

الأول : تصرف يتكون من قولين صادرين من شخصين ويستلزم توافق إرادتين كما في البيع والإجارة وغيرهما ، وهذا هو ما يسمى عقدا باتفاق الفقهاء .

الثاني : تصرف يصدر من شخص واحد بإرادة واحدة ، ويتضمن إنشاء حق أو إسقاطه أو إنهائه وذلك كالنذر والإبراء والطلاق ، وهذا هو العقد بالمعنى الأعم^(٤) .

(١) للرملي ١٦٧/٤ وانظر شرح روض الطالب لذكريا الأنصاري ١٠٩/٢ ، ومغني المحتاج ٩٨/٢ ، وفتح الوهاب ١٨٥/١ ، وفتح الجواد بشرح الإرشاد ٤٢٦/١ ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٢٠/٢ وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢١٨/٣ .

(٢) التعريف للأستاذ علي الخفيف في كتابه مختصر أحكام المعاملات ص ١٣٣ وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه : كل ما يصدر عن شخص بإرادته ، ويرتب عليه الشارع نتائج حقوقية . انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٢٨٨/١ ، وقد نقله عنه د . عبد الكريم زيدان في كتابه المدخل لدراسة الشريعة ص ٢٨٦ .

(٣) العبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي إنما هو لطبيعة التصرف لا لمبناه الذي بني عليه ولهذا فإن الصلاة تصرف فعلي وإن كانت مبنية على القول من تكبيرة الإحرام وقراءة الفاتحة والتشهد وغير ذلك ، وكذلك استلام المبيع تصرف فعلي ، وإن كان مبنيا على عقد البيع الذي هو قولي .

(٤) وذلك أن القائلين بأن ما يصدر بإرادة واحدة عقدا ، يعتبرون ما يصدر بإرادتين عقدا من باب أولى .

الثالث : تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين ولا إرادة واحدة وإنما هو قول تترتب عليه أحكام معينة كالمدعى فهي طلب حق أمام القاضي ، وهذا النوع من التصرف ليس بعقد^(١) .

ويتضح مما سبق أن التصرف أعم من العقد بمعنييه في الاصطلاح مطلقا لأن العقد من بعض أنواع التصرف ، إذ هو تصرف قولي مخصوص ، ومن المقرر في القواعد المنطقية أن الأخص يستلزم دائما معنى الأعم فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقدا ، وهذا هو ما يسمى « العموم والخصوص المطلق » بين الشيئين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه^(٢) .

وبعد أن ذكرنا أنواع التصرف لابد أن نوضح أقسام العقد ليتضح للقارئ ما هو داخل في نطاق بحثنا من العقود في الفقه الإسلامي .

أقسام العقد :

يقسم الفقهاء العقد إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة ، وتلك التقسيمات قد تتداخل وقد تتباين ، لكن استيعابها والوقوف عليها أمر له أهميته لأن كل طائفة من العقود لها أحكام مشتركة تختص بها ، تختلف عن أحكام الطائفة المقابلة لها .

فقد قسموها باعتبار الصحة أو عدم الصحة إلى صحيح وغير صحيح . وقسموها من حيث النفاذ وعدمه إلى نافذة وموقوفة .

وقسموها من حيث اللزوم وعدمه إلى لازمة ، وجائزة .

ومن حيث ارتباط المتعاقدين إلى عقد معاوضة ، وعقد تبرع ، وعقد إطلاق وعقد تقييد ، وعقد إسقاط ، وعقد وثيقة ، وعقد حفظ .

ولا يعنينا من هذه التقسيمات مما يعتبر تمهيدا للبحث الموضوع الذي نحن بصددده سوى تقسيم

(١) انظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للأستاذ عبد الكريم زيدان ص ٢٨٦ والمدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ص ٣٠٩ ، ٣١٠ .

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ٣١١/١ ، الطبعة الثامنة وانظر تنقيح الفصول للقراقي ص ٩٦ ، ٩٧ .

العقد من حيث الصحة أو عدمها ، ومن حيث النفاذ أو عدمه ومن حيث اللزوم أو عدمه ، وفيما يلي نورد تلك التقسيمات الثلاثة بترتيبها بما يتطلبه المقام من الإيجاز ..

أقسام العقد من حيث الصحة أو عدمها

يقسم الفقهاء العقد من حيث الصحة أو عدمها إلى صحيح وغير صحيح وهذا التقسيم ظاهر في كتب الفقهاء في المعاولات المالية ، وعقد النكاح .

والمراد بالعقد الصحيح هو ما كان سببا صالحا لترتب حكمه وآثاره عليه ، ويكون كذلك متى صدر عن أهله وكان محله قابلا له ، ولم يعرض له أمر أو وصف يجعله منها عنه شرعا ، أو هو كما يقول الحنفية ما كان مشروعا بأصله ووصفه^(١) ، ومرادهم من ذلك أن يوجد ركن العقد مستكملا شرائطه الشرعية ، وألا يقترب بالعقد وصف يقتضي نهي الشارع عنه فأصل العقد ركنه وشروطه ، وأما الوصف فهو ما يتصل بالعقد من الخارج فيكون بسببه منها عنه .

وأما العقد غير الصحيح فهو الذي اختل فيه أمر من الأمور التي طلبها الشارع فيه سواء أكان ذلك في ركن من أركانه أم في وصف من أوصافه .

والعقد غير الصحيح - عند الحنفية - ينقسم إلى قسمين حسب تنوع موضع الخلل فيه فإن كان في ركن من أركانه كان باطلا ، وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسدا^(٢) ، وأما جمهور الفقهاء فإنهم يعتبرون العقد غير الصحيح قسما واحدا يسمى فاسدا أو باطلا ، والفساد والبطلان عندهم سواء^(٣) .

(١) انظر التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ٧٣/٣ .

(٢) العقود ليست كلها سواء في الفساد والبطلان عند الحنفية ، فالعقود الناقلة للملكية والعقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين كالبيع والرهن والشركة والهبة ، والقرض والمزارعة ، هي التي تكون فاسدة وباطلة ، وأما العقود غير المالية ، والعقود التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، وكذلك التصرفات ذات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإقرار والعبادات فهذه لا فرق فيها بين فاسد وباطل « ١ هـ . الشريعة الإسلامية د . بدران ص ٨٧ ، ٤٤٨ .

(٣) جاء في المستصفى للغزالي ٩٤/١ : الباطل هو الذي لا يثمر لأن السبب مطلوب لثمرته ، والصحيح هو الذي أثمر ، والفساد مرادف للباطل في اصطلاح أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، فالعقد إما صحيح وإما باطل وكل باطل فاسد ، وأبو حنيفة أثبت قسما آخر في العقود بين البطلان والصحة ، وجعل الفاسد عبارة عنه ، وزعم أن الفاسد =

ويتضح مما سبق أن العقد الفاسد عند الحنفية هو ما وجد ركنه وهو الإيجاب والقبول ، وتوافرت شروطه التي يتطلبها الشارع عنه^(١) ، فهو منعقد لسلامة ركنه ، وتوافر شروطه ، ولكن الخلل طرأ على بعض أوصافه الخارجية فأفسده وذلك كبيع المكره ، والبيع بضمن مجهول .

فالوصف الذي جعل الشارع ينهي عن العقد في هاتين الصورتين كون الرضا معيبا بسبب الإكراه ، أو تضمنه للغرر بسبب جهالة الثمن .

ومنشأ الخلاف في تقسيم العقد بين الجمهور والحنفية اختلافهم في أثر النهي في المنهي عنه ، فالجمهور يرون أن النهي مطلقا يقتضي عدم وجود العقد شرعا سواء أكان راجعا إلى أصل العقد . أم راجعا إلى وصف ملازم له^(٢) ، لأن النهي الوارد لأجل الوصف يتعداه إلى الموصوف فيبطل العقد .

وأما الحنفية فإنهم يفصلون - كما سبق - بينا إذا رجع النهي إلى أصل العقد أو إلى وصف ملازم له ، ويرون أن النهي إذا رجع إلى أصل العقد لم يكن للعقد وجود شرعا فيبطل ، أما إذا رجع إلى وصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف فقط ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه صدر من أهله في محله فيكون العقد منعقدا لكنه فاسد^(٣) .

= منعقد لإفادة الحكم ، لكن المعنى بفساده أنه غير مشروع بوصفه ، والمعنى بانعقاده أنه مشروع بأصله كعقد الربا .. » ١ . هـ . وانظر الأحكام للآمدي ١/١٠١ ، وغاية الوصول شرح لب الأصول لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ص ١٦ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٢ .

(١) انظر التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ٧٣/٣ الطبعة الأولى .
(٢) أما إذا كان النهي راجعا إلى وصف غير ملازم للعقد أي في أمر مجاور له كما في النهي عن البيع لصلاة الجمعة ، أو النهي عن النجش فإن أكثر الفقهاء يقولون بصحة العقد مع الكراهة .

انظر كشف القناع ٥/٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤٨/٣ والفروق للقرافي ٨٣/٢ .
(٣) انظر التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ٧٣/٣ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٧ ، وفتح الله المعين على من لا مسكين ٥٦٥/٢ ، ٥٦٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤٣/٤ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٧٤/٦ ، وحاشية صدر الشريعة على متن الوقاية ١٧/٢ (مطبوع بهامش كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني) ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٥٣/٢ .

وقد أوضح القرافي المالكي مذهب الحنفية هذا ناسبا إياه إلى أبي حنيفة ومستحسنا إياه فقال في الفروق ٨٣/٢ : « قال أبو حنيفة أصل الماهية سالم عن المفسدة ، والنهي إنما هو في الخارج عنها ، فلو قلنا بالفساد مطلقا لسوينا بين الماهية =

أقسام العقد من حيث النفاذ وعدمه

الأصل في العقد الذي توافرت أركانه وشروط انعقاده أن تترتب آثاره عليه عقب انعقاده ، وتلك هي نظرة جمهور الفقهاء إلا أن بعض الفقهاء يرون أن من العقود ما تترأخى آثاره عن وقت عقده وتتوقف على تصرف أو وقعة معينة ويسمون هذه العقود بالعقود الموقوفة^(١) ، وبذلك ينقسم العقد عندهم إلى قسمين : نافذ ، وموقوف .

فالعقد النافذ : هو ما صدر عن شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية^(٢) ، كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد عقدا لنفسه أو لغيره بالنيابة عن هذا الغير وكان ما عقده في حدود نيابته .

وحكم هذا العقد أن تترتب آثاره عليه من غير توقف على إجازة أحد سواء أكان تترتب الآثار عليه فور صدوره كما في العقد المنجز ، أو بعد فترة من الزمن كما في العقد المضاف إلى المستقبل ، فإنه تترتب عليه آثاره بعد مجيء وقته الذي أضيف إليه^(٣) .

وأما العقد الموقوف : فإن المقصود به العقد غير النافذ - وهذا النوع من العقود داخل في عموم التصرفات الموقوفة التي هي موضوع بحثنا - وقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات سندكر بعضها ، فمن ذلك : -

أولا : أن العقد الموقوف هو ما أفاد الحكم عند الإجازة^(٤) .

= المتضمنة للفساد ، وبين السالمة عن الفساد ، ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها ، وبين المتضمنة للفساد في صفاتها وذلك غير جائز فإن التسوية بين مواطن الفساد ، وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد ، فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول : أصل الماهية سالم عن النهي ، والأصل في تصرفاتهم وعقودهم الصحة حتى يرد نهى فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة ، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهى فيفسد الوصف دون الأصل ، وهو المطلوب وهو فقه حسن .

(١) المدخل للفقهاء الإسلاميين د . حسين حامد ص ٤٤٥ بتصرف .

(٢) جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٩/٢ « فأما البيع النافذ فهو أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والنفاذ جميعا » .

(٣) المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلاميين د . محمد شلبي ص ٥٥٧ .

(٤) انظر في هذا التعريف الفتاوى الهندية ٣/٣ ، وقد ذكر صاحب الفروع ٣٧/٤ عند الكلام على تصرفات الفضولي =

والمراد بإفادته الحكم أن ينتج العقد أثره عند إجازته ممن يملك حق الإجازة في ذلك .

ثانيا : أنه العقد الذي لا حكم له ظاهرا^(١) ، والمراد من كونه لا حكم له ظاهرا أي في الحال فهو يتوقف ظهور حكمه على الإجازة أو عدمها ممن يملك الحق في ذلك فإذا حصلت الإجازة نفذ العقد وإلا بطل .

ثالثا : أن العقد الموقوف هو ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير ، أو حق بالمبيع لغير المالك^(٢) .

والمراد بقوله : « وهو ملك الغير » تصرف الفضولي كبيعه ملك غيره ، وأما قوله : « أو حق بالمبيع لغير المالك » فكحق المرتهن في الرهن ، أو حق المستأجر في العين المستأجرة .

رابعا : أن العقد الموقوف هو ما يفيد الحكم على التوقف ، وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير^(٣) .

وهذا التعريف قريب من التعريف السابق ، وذكره (بيع ملك الغير) مجرد مثال ، لكن التعريف عام كما سبق في التعريف السابق ، ولكن لما كان بيع ملك الغير وهو تصرف الفضولي من أبرز صور العقد الموقوف ، والعلماء - في الغالب - لا يتكلمون على العقد الموقوف إلا عند تصرف الفضولي ، مثل العلماء به .

= ما يفيد هذا التعريف فقال : « ولا يصح شراؤه بعين ماله ما يملكه غيره ، ذكره القاضي ، واختار الشيخ وقوفه على الإجازة » .

(١) هذا التعريف ذكره ابن نجيم في البحر الرائق ٢٨١/٥ عند الكلام على شروط النفاذ فقال : « الثاني ألا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان (أي فيه حق لغير البائع) - لا ينفذ كالمرهون والمستأجر ، واختلفت عبارات الكتب ففي بعضها أنه فاسد ، والصحيح أنه موقوف ويحمل الفساد على أنه لا حكم له ظاهرا وهو تفسير الموقوف عندنا » .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ ، وقد عرفه ابن عابدين في رد المحتار ١٣٨/٤ ، بأنه ما تعلق به حق الغير .

(٣) تبين الحقائق للزيلعي ٤٤/٤ ، وجاء في كتاب « التعريفات » لمنلا مسكين ورقة ٧ : « الموقوف هو الذي لا يعرف حكمه في الحال لما منع مع وجود ركن العلة » .

وجاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٩/٢ : « البيع الموقوف : هو أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والأهلية ولكن لم يوجد شرط النفاذ وهو الملك أو الولاية » .

خامسا : العقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه ، ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير^(١) .

والمراد بإفادته التوقف أي على الإجازة ممن يملكها شرعا كما هو مفهوم من قوله ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير ، فإذا حصلت الإجازة ممن يملكها نفذ العقد ، وإذا لم يجز صاحب الحق أصبح العقد باطلا .

وفي هذا التعريف تنبيه إلى أن العقد الموقوف أحد قسمي العقد الصحيح والثاني هو النافذ، وهذا هو رأي الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة وقديم قولي الشافعي^(٢) لأنهم يصححون - كما سيأتي - عقد الفضولي ويجعلونه موقوفا على إجازة صاحب الحق ، وأما الصحيح عند الشافعية ، والرأي الراجح في مذهب الحنابلة^(٣) ، فإن العقد الصحيح

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٥٣/٢ .

(٢) جاء في بدائع الصنائع ١٤٧/٥ : « بيع الفضولي عندنا منعقد موقوف على إجازة المالك فإن أجاز نفذ وإن رد بطل ، وعند الشافعي رحمه الله هو شرط الانعقاد ، ولا ينعقد بدونه ، وبيع الفضولي باطل عنده » .

وجاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك عند الكلام على شروط اللزوم في باب البيع ١٩/٣ : « وبقي من شروط اللزوم أن يكون العاقد مالكا أو وكىلا عنه ، وإلا فهو صحيح غير لازم » .

وجاء في المجموع شرح المذهب في باب البيع ٢٨٢/٩ : « والقول الثاني وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا ، وهذا القول حكاه الخراسانيون وجماعة من العراقيين ... وهو نص للشافعي في البويطي ، وهو في الجديد . قال الشافعي في آخر باب الغصب من البويطي : إن صح حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضي فالباع والعق جائزان هذا نصه ، وقد صح حديث عروة البارقي فصار للشافعي قولان في الجديد أحدهما موافق للقديم » ١ . هـ بتصرف .

وجاء في المبدع في شرح المقنع ١٦/٤ : « إن باع ملك غيره بغير إذنه ... لم يصح .. وعنه يصح ويقف على إجازة المالك ... لأنه عقد له مجيز في الحال فوقف على إجازته كالوصية لأجنبي بزيادة على الثلث واشترطت إجازة المالك دفعا للضرر اللاحق به » .

(٣) يذكر بعض الحنابلة أن بيع ملك الغير بغير إذن أو ولاية باطل وأنه هو المذهب . جاء في المقنع لابن قدامة ٨/٢ : « إن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ما له بغير إذنه لم يصح » ١ . هـ قال المرداوي : وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب » . انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٢٨٣/٤ .

فظهر من ذلك أن المذهب عند الحنابلة هو عدم الأخذ بفكرة الوقف ، وفي المذهب رواية أخرى بصحة بيع ملك الغير موقوفا على إجازته ، لكن المعتمد في المذهب عدم الصحة كما سبق . انظر الإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٤ ، ومنتهى الإرادات لابن النجار ٣٤٠/١ ، وهداية الراغب لشرح عمدة الطالب ص ٣١٨ ، والمبدع شرح المقنع ١٦/٤ .

لا يكون إلا نافذا ، ولا يكون موقوفا لأن من شروط العقد عندهم أن يكون العاقد ذا ولاية على المعقود عليه^(١) .

ويفهم من التعريفات السابقة للعقد الموقوف التي ذكرها الفقهاء أن المراد بالعقد الموقوف عندهم : العقد الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره ، أو يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن يملك الإجازة شرعا .

أقسام العقد من حيث اللزوم وعدمه :

وقسم الفقهاء العقد الصحيح من حيث اللزوم وعدمه إلى قسمين : لازم ، وغير لازم .

فالعقد اللازم : هو الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله ، والتحلل منه وهو نوعان :

النوع الأول : لازم لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على فسخه ، وذلك لأن طبيعته تأبى الفسخ كالزواج ، فإنه يلزم كلا من الزوجين فلا يملكان الاتفاق على فسخه ورفعها ، لأن معنى فسخ العقد رفعه من أساسه ، كأن لم يكن فلا يبقى من آثاره شيء كما في إقالة البيع ، وما يملكه الزوج من الطلاق لا يعتبر فسخا للعقد بل هو إنهاء له فقط ، بدليل بقاء بعض آثار الزواج من وجوب النفقة ولزوم المهر^(٢) .

النوع الثاني : لازم يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على فسخه وذلك مثل عقود المعاوضات المالية من البيع والإجارة والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح ونحوها فهذه العقود بعد تمام التعاقد فيها من قبل المتعاقدين لا يملك أحد المتعاقدين فيها فسخها إلا أن يتفقا على ذلك^(٣) .

(١) انظر : المجموع شرح المذهب للنووي ٣٤٧/٩ ، ٣٤٨ وفتح العزيز شرح الوجيز مطبوع مع المجموع شرح المذهب ١٢١/٨ ، ١٢٢ ، وروضة الطالبين للنووي ٣٥٤/٣ ، والمراجع السابقة في مذهب الحنابلة في الهامش السابق .

(٢) انظر : الملكية ونظرية العقد د . أحمد فراج ص ٣٠٠ ، ٣٠١ ، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د . محمد مصطفى شلبي ص ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، والشرعية الإسلامية د . بدران ص ٣٦٨ ، ٣٦٩ . والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د . عبد الكريم زيدان ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، والملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٢١ .

(٣) انظر المراجع السابقة .

والعقد غير اللازم : ويقال له العقد الجائز : هو الذي يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فسخه دون توقف على رضا الآخر ، وهو نوعان كما هو ظاهر من التعريف .

النوع الأول : عقد جائز من الطرفين وذلك كعقد الشركة ، والوكالة ، والمضاربة ، والوصية ، والعارية ، والإيداع ، والقرض ، فهذه العقود جائزة بالنسبة لطرفيها فلكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد على وجه الانفراد والاستقلال متى شاء رضي الآخر أو لم يرض .

النوع الثاني : عقد جائز من طرف واحد وهو الذي يكون غير لازم لأحد المتعاقدين لازم للآخر فيستطيع الأول فسخه بخلاف الثاني ، وذلك مثل عقد الرهن فإنه بعد تمامه لازم في حق الراهن بعد القبض فلا يملك أن يفسخه ، ويرجع عنه إلا برضا المرتهن ، لكنه ليس بلازم في حق المرتهن فله أن يفسخه متى شاء ولو لم يرض الراهن^(١) .

المبحث الثاني : طبيعة التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي

التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي يراد بها : التصرفات التي لا يعرف حكمها وقت إجرائها ، وإنما يعرف حكمها عند حدوث أمر لاحق ، سواء أكانت هذه التصرفات في العبادات ، أم في المعاملات ، أم في غيرها مما يكون التصرف فيها موقوفا .

والتصرفات بوجه عام في الفقه الإسلامي تتميز بطرق ثبوت حكمها فمنها ما يثبت حكمه مقتصرًا ، ومنها ما يثبت حكمه بطريق الانقلاب ، ومنها ما يثبت حكمه بطريق الظهور والتبيين ، ومنها ما يثبت حكمه مستندا .

وقبل أن نلقي الضوء على طبيعة التصرفات الموقوفة في المذاهب الفقهية لابد أن نوضح ما أجهلناه من طرق ثبوت أحكام التصرفات فنقول :

أ - أما ما يثبت حكمه مقتصرًا فهي التصرفات التي تثبت أحكامها فور النطق

(١) انظر في العقد غير اللازم ، المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي د . محمد مصطفى شلبي ص ٥٥٩ ، والملكية ونظرية العقد د . أحمد فراج ص ٣٠١ ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د . عبد الكريم زيدان ص ٣٦٩ .

بصيغتها ، بمعنى أنها تثبت وقت وجود السبب في الحال ، وذلك كما لو قال زيد لزوجته أنت طالق ، فإنه يثبت حكم الطلاق بعد نطقه مباشرة ، ومثله البيع بصيغة منجزة ويسمى ثبوت الحكم هذا بالاختصار .

ب - وأما ما يثبت حكمه بطريق الانقلاب : فهي التصرفات التي يثبت حكمها عند حدوث أمر لاحق علقت عليه بإحدى أدوات التعليق^(١) ، وهذا الأمر اللاحق ليس في أصله علة لثبوت الحكم ، ولكنه انقلب علة بعد التعليق ، ويسمى هذا بالانقلاب ، وهو صيرورة ما ليس بعلة علة كما إذا قال زيد لزوجته إن صعدت إلى السطح فأنت طالق ، فإذا ما صعدت إلى السطح طلقت نظرا لحصول الشرط ، فأصبح صعودها وهو ليس بعلة في الأصل للطلاق علة ، فبعد وجوده حدث الطلاق .

ج - وأما ما يثبت حكمه بطريق الظهور والتبيين فهي التصرفات التي يظهر أن حكمها كان ثابتا من قبل ، كما إذا قال لزوجته في اليوم إن كان زيد في الدار فأنت طالق وتبين في الغد وجوده فيها يقع الطلاق في اليوم ، ويعتبر ابتداء العدة منه ، وكما إذا قال إذا حضت فأنت طالق ، فرأت الدم ومضى ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من بداية حيضها ، ويسمى هذا بالتبيين .

د - وأما ما يثبت حكمه مستندا فهي الأحكام التي تثبت بطريق الاستناد ومعنى الاستناد : هو ثبوت الحكم بعد حدوث أمر لاحق مستند إلى ما قبله وهو نوعان :
الأول : يبدأ الحكم فيه من وقت إنشاء التصرف الأصلي .

الثاني : يقتصر على وقت حدوث الأمر اللاحق .

فمثال الأول : وهو ما يستند إلى وقت إنشاء التصرف الأصلي عقد الفضولي فإذا ما باع الفضولي دار زيد مثلا بمائة ألف ريال وعلم زيد بالبيع وأجازه فإن البيع يثبت

(١) جاء في التحقيق الباهر ص ١٧٠ « الانقلاب هو انقلاب ما ليس بعلة علة كما إذا علق الطلاق أو العتاق بالشرط كالصيغ الدالة على تعليق الطلاق ونحوه فإنها أسباب لما شبه العلة لا أسباب حقيقية لأنها ربما لا تفضي إليه ، هذا قبل وجود الشرط المعلق عليه كدخول الدار مثلا فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة (أعني تلك الإيقاعات) علة لتأثيرها في وقوع الأجزئة مع الإضافة إليها والاتصال بها » . ١ . هـ . التحقيق الباهر مخطوطة بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام مرقمة الصفحات تحت رقم ٦٦ .

من حين عقد الفضيولي ، وإن كانت الإجازة متأخرة عن وقت البيع^(١) .

ومثال الثاني : وهو ما يستند ويقتصر على حدوث الأمر اللاحق : طلاق الفضيولي فإذا ما طلق الفضيولي وأجاز الزوج فإن الطلاق يعتبر ثابتاً من حين الإجازة لا من حين التطبيق جاء في الأشباه والنظائر « الأحكام تثبت بطرق أربعة : الاقتصار كما إذا أنشأ الطلاق ... والانقلاب وهو انقلاب ما ليس بعلة علة كما إذا علق الطلاق أو العتاق بشرط فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة علة ، والاستناد وهو أن يثبت في الحال ثم يستند ... والتبيين وهو أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل مثل أن يقول في اليوم إن كان زيد في الدار فأنت طالق ، وتبين في الغد وجوده فيها يقع الطلاق في اليوم ويعتبر ابتداء العدة منه ، وكما إذا قال لامرأته ، إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يقضى بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة أيام فإذا تم ثلاثة أيام حكماً بوقوع الطلاق من حين حاضت »^(٢) ١ . هـ .

وإذا ما ألقينا نظرة على طرق ثبوت الأحكام نجد أن الأول والثاني وهما الاقتصار والانقلاب واضحان لا يحدث فيهما لبس ، لكن الاستناد والتبيين قد يلتبسان على بعض الباحثين حيث يدق الفرق بينهما .

وعندما نستعرض حقيقة كل منهما نجد أن الحكم في الاستناد يتميز بأنه محتمل لأن يقع أولاً يقع ، ولا يظهر حكمه إلا فيما بعد فإذا وقعت الإجازة استند إلى وقت إجراء التصرف الأصلي أو اقتصر على حدوث الأمر اللاحق وهو وقت الإجازة وإن لم تقع بطل ففي الاستناد مخاطرة في الانعقاد .

وأما التبيين فإن الحكم فيه ثابت من قبل ، والذي تأخر هو تبين الحكم لنا ، فإذا قال شخص لامرأته إن كان زيد اليوم في الدار فأنت طالق ثم تبين وجوده في الغد فيها فهو تبين ؛ لأن المرأة طلقت بوجود زيد في الدار لكن الذي تأخر هو العلم بوجوده

(١) انظر جامع الفصولين لابن قاضي سماونه ٣١٣/١ وتبيين الحقائق للزيلعي ١٠٣/٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٢٦٤/٥ ، والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ .

(٢) ابن نجيم ص ٣١٤ .

فيها ، فليس في التبيين مخاطرة أو احتمال في الانعقاد لأن الحكم فيه يثبت من قبل والذي يتأخر هو العلم به . قال ابن الوكيل^(١) موضحا الفرق بين الاستناد والتبيين « ما يكون موقوفا على أمر سيوجد في المستقبل يكون من وقف الإنعقاد (أي الاستناد) وما يكون موقوفا على أمر تبين وجوده فيما مضى يكون من وقف التبيين »^(٢) .

وبعد أن عرفنا طرق ثبوت أحكام التصرفات في الفقه الإسلامي نوضح فيما يلي طبيعة التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي على مرحلتين :

أ - طبيعة التصرفات العقدية الموقوفة .

ب - طبيعة التصرفات غير العقدية الموقوفة .

فأما طبيعة التصرفات العقدية الموقوفة في المذاهب الفقهية فإنه بعد استقراءنا للنصوص الفقهية في كل مذهب نجد أن المذاهب الفقهية تتفق في الغالب في نظرتها لطبيعة التصرفات العقدية الموقوفة ، وفيما يلي نتكلم على كل مذهب على حدة .

فالمذهب الحنفي : يرى أن التصرفات العقدية الموقوفة يثبت حكمها في الغالب مستندا بالإجازة إلى وقت إنشائها ، فإذا ما باع الفضولي دار زيد مثلا ، وعلم زيد بذلك البيع فأجازه ثبت حكم البيع منذ عقده الفضولي ، جاء في جامع الفصولين « البيع الموقوف على إجازة المالك إذا أجازه يثبت المالك من حين العقد ، حتى يثبت المالك للمشتري في الولد والزيادة الحادثة بين عقد وإجازه^(٣) » والذي يثبت حكمه مستندا

(١) ابن الوكيل : زين الدين محمد بن عبد الله بن عمر بن مكى بن عبد الصمد القرشي الأموي الدمشقي يعرف بابن المرحل وبابن الوكيل فقيه أصولي ولد بدمشق بعد سنة ٦٩٠ هـ ودرس بالقاهرة بالمشهد الحسيني وتوفي بها سنة ٧٣٨ هـ ومن مؤلفاته كتاب الأشباه والنظائر . انظر في ترجمته طبقات الشافعية للسبكي ١٥٧/٩ والبداية والنهاية لابن كثير ١٨١/١٤ ، ١٨٢ ، وشذرات الذهب ١١٨/٦ .

(٢) الأشباه والنظائر ورقة ٩٤ من مخطوطات شسترتي رقم (٣٢٢٨) فيلم مصور بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في المكتبة المركزية بالرياض .

وانظر المنشور في القواعد للزركشي ٣/٣٤١ (تحقيق تيسير فائق محمود) .

(٣) ٣١٣/١ وجاء في حاشية الشلبي على تبين الحقائق للزيلعي ١٠٣/٤ « قال الإيتاني : اعلم أن كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والإجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي ويتوقف نفاذه على إجازة المالك فإذا أجازه ثبت مستندا إلى وقت العقد وإلا يبطل التصرف » ١ . هـ . وجاء في بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٤/٥ « بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد ، والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه ، فكانت الإجازة إظهارا من وجه ، إنشاء من وجه فمن حيث =

بالأمر اللاحق إلى وقت إجراء التصرف (كبيع الفضولي) يقول عنه الحنفية إنه علة اسما ومعنى لا حكما ، ومرادهم بكونه علة اسما : أنه موضوع في الاصطلاح الشرعي لحكمه المخصوص ويترتب على ذلك أن من حلف لا يبيع فباع موقوفا يحنث في يمينه لوقوع البيع بالمعنى الشرعي ، ويريدون بكونه علة معنى أنه هو المؤثر في حكمه ، وإن تراخى إلى زمن حدوث الأمر اللاحق ويريدون بقولهم « لا حكما » أنه لا ينعقد في حق الحكم انعقادا باتا ، بل إنه - كما يرى أبو حنيفة^(١) ، وأبو يوسف^(٢) - ينعقد في حق الحكم انعقادا موقوفا بمعنى أنه في البيع يثبت للمشتري ملك موقوف يصح به عتقه عتقا موقوفا لرقيق اشتراه بهذا البيع ، وأما محمد^(٣) فيرى أنه لا ينعقد في حق الحكم فلا يثبت به الملك ، جاء في منافع الدقائق « فهي أي العلة سبعة أقسام ... الثالث إما علة اسما ومعنى لا حكما كالبيع الموقوف للفضولي ، والبيع بشرط الخيار ، فإن البيع علة للملك اسما لأنه موضوع له ، ومعنى لأنه هو المؤثر في ثبوت الملك لكن الحكم وهو ثبوت الملك

= إنها إظهار لا يقف صحته على قيام المحل ومن حيث إنها إنشاء يقف عليه » . ١ . هـ .

وانظر البحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ والفروق للمحبوبي ورقة ١٢٩ . فيلم بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام تحت رقم ٥٦١ .

(١) أبو حنيفة : هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت التيمي بالولاء الكوفي أحد الأئمة الأربعة ، إليه تنسب الحنفية وهو إمام مجتهد محقق ولد سنة ٨٠ هـ بالكوفة وفيها نشأ ، جمع بين طلب العلم والتجارة في صباه ، ثم انقطع للعلم والإفتاء ، وامتنع عن القضاء تورعا توفي سنة ١٥٠ هـ في بغداد . / وفيات الأعيان ٣٩/٥ - ٤٧ رقم الترجمة ٨٣٦ ، الجواهر المضية ٢٦/١ - ٣٢ / النجوم الزاهرة ١٢/١ - ١٥ .

(٢) أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أبي حنيفة وتلميذه ، وأول من نشر مذهبه ، ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ وكان فقيها علامة من حفاظ الحديث ، ولي القضاء وهو أول من دعي بقاضي القضاة توفي ببغداد سنة ١٨٢ هـ .

له كتب كثيرة منها « الخراج » و « الآثار » و « النوادر » و « مسند أبي حنيفة » . / انظر وفيات الأعيان ٤٢١/٥ - ٤٣٢ رقم الترجمة ٧٩٥ هـ ، الجواهر المضية ٢٢٠/٢ - ٢٢٢ رقم الترجمة ٦٩٣ ، وانظر في مؤلفاته الأعلام ١٩٣/٨ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء الفقيه الحنفي ولد سنة ١٣١ هـ وتفقه على أبي حنيفة سنين ثم على أبي يوسف صاحب أبي حنيفة ونشر علم أبي حنيفة وكان من أفصح الناس توفي بالري وهو بصحبة الرشيد سنة ١٨٩ هـ . له مصنفات كثيرة أشهرها : « الجامع الكبير » و « الجامع الصغير » . / انظر : وفيات الأعيان ٣٣٤/٣ رقم الترجمة ٥٣٩ ، والجواهر المضية ٤٢/٢ - ٤٤ رقم الترجمة ١٣٩ .

البات متراخ إلى إجازة المالك فإذا أجاز ثبت الملك البات»^(١) وجاء في فتح القدير « فحاصل الخلاف يرجع إلى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد ، وهو الملك لانعدام الولاية ، فكان الإعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجب موقوفا لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه»^(٢) .

وأما مذهب المالكية : فإن التصرفات العقدية عندهم تثبت بطريق الاستناد كالمذهب الحنفي ، وإن اختلف تعبيرهم عن طريقة الثبوت فهم يرون بأن الموقوف من التصرفات العقدية هو اللزوم لا الانعقاد ، فتصرف الفضولي عندهم منعقد لكن لزومه موقوف على إجازة صاحب الشأن وهو المالك ، وكذلك تصرف الراهن في العين المرهونة بغير إذن المرتهن ، وبيع العبد الجاني الذي تعلق به حق بغير إذن المجني عليه فإذا أجزى شيء من هذه التصرفات استند اللزوم إلى وقت إجراء التصرف وإن لم يجز بطل العقد جاء في تهذيب الفروق « ما يجوز بيعه عبارة عما اجتمع فيه خمسة شروط ... الخامس أن يكون الثمن والمبيع مملوكين للعاقد والمعقود له ، أو من أقيم مقامه شرط في الجواز واللزوم معا دون الصحة لأن بيع الفضولي وشراؤه وإن كان صحيحا ... إلا أنه غير لازم يتوقف لزومه على رضا المالك»^(٣) .

(١) منافع الدقائق للحصاري ص ٢٦٨ وجاء في شرح البزدوي ١٨٩/٤ « أثر البيع أن يكون مفيدا للملك لأن البيع لغة وشرعا موضوع لإفادة الملك ، وهذا البيع بهذه الصفة لأنه انعقد لإفادة الملك ، وقد ظهر أثره في الحال فإن الملك في المبيع يثبت للمشتري موقوفا على إجازة المالك حتى لو أعتق المبيع يتوقف إعتاقه ولا يبطل ، ولو لم يثبت الملك موقوفا لما توقف وبطل فثبت أنه علة معنى ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ملك الغير بغير إذنه حث « ١ . هـ . وجاء في فتح الغفار لابن نجيم ٦٩/٣ « البيع الموقوف من حيث أن الملك يضاف إليه علة اسما ومن حيث أنه مؤثر علة معنى لكن الملك تراخي عنه فلا يكون علة حكما ، ودلالة كونه علة فيهما لا سببا أن المانع إذا زال وجب الحكم به من حيث الإيجاب حتى يملكه المشتري بزوائده المتصلة والمنفصلة » .

وانظر بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٤/٥ . والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ .

(٢) ابن الهمام ٣١٦/٥ وجاء في الحواشي الظهيرية في باب بيع الفضولي « لا نسلم أن الحكم لا يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكما يليق به فإنه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك نفذ عتقه » ١ . هـ . انظر الحواشي الظهيرية على الهداية مخطوطة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٧٥٠) .

(٣) التهذيب لمحمد بن حسين ٢٣٨/٣ مطبوع على هامش الفروق للقرافي .

وجاء في مواهب الجليل « المرهون قد تعلق به حق المرتهن ، وملك الغير قد تعلق به حق مالكة ، والعبد الجاني قد تعلق به حق المجني عليه ، والبيع صحيح في هذه المسائل كلها ، لكنه موقوف على إجازة من تعلق حقه بذلك »^(١) .

فظهر مما سبق أن المالكية يرون بأن الإجازة إذا حصلت لزم العقد أما إذا لم تحصل الإجازة فإن العقد يصير باطلا ، وعليه فإن المالكية وإن اختلفوا مع الحنفية في التعبير عن طريقة الثبوت إلا أنهم متفقون على أنه بوجود الإجازة يحصل الاستناد فيصح العقد ، وبعدم الإجازة يبطل العقد .

ومذهب الشافعية لا يختلف عن المذهبين السابقين في ثبوت حكم التصرفات العقدية الموقوفة ، وذلك أن القاعدة عندهم أن ما كان موقوفا على أمر سيوجد في المستقبل يكون من وقف الاستناد ، وما كان موقوفا على أمر تبين وجوده فيما مضى يكون من وقف التبيين^(٢) ، فمثال ما كان من وقف الاستناد بيع الفضولي مال غيره بتوقف على إجازة المالك (في القول القديم) فإذا ما أجاز ، استندت الإجازة إلى وقف إجراء التصرف ، ومثال ما يثبت بطريق التبيين أن يقوم شخص ببيع مال أبيه ظانا حياته فيتبين موته ، أو أن يبيع مال غيره على ظن أنه بغير إذنه ثم يتبين أنه أذن له حال العقد ، قال ابن الملقن^(٣) « الوقف وقف تبين ووقف صحة (أي استناد) فالأول لا يضر

(١) الخطاب ٢٦٩/٤ (بتصرف) وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٨ « الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك هو بيع الفضولي فينقذ ويتوقف على إذن ربه » .

وجاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك ٢٦/٣ صح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المتاع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه ... وصح بيع عبد جان ووقف البيع أي إمضاؤه على المستحق للجناية إن لم يدفع له السيد البائع أو المتاع أرش الجناية فإن دفعه له أحدهما فلا كلام للمستحق » . ا. هـ .

وانظر الخرشي على خليل ١٨/٥ ، والمدونة للإمام مالك ١٨٠/٤ ، والتحفة للتسولي ٧٠/٢ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن الوكيل ورقة ٩٤ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٤ .

(٣) ابن الملقن : أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي سراج الدين ابن النحوي المعروف بابن الملقن من أكابر العلماء في علم الفقه والحديث وتاريخ الرجال ، ولد في القاهرة سنة ٧٢٣ هـ وتوفي بها سنة ٨٠٤ هـ ، له نحو من ثلاثمائة مصنف منها كتاب الأشباه والنظائر ، انظر في ترجمته شذرات الذهب في أخبار من ذهب ٤٤/٧ والبدر الطالع للشوكاني ٥٠٨/١ وما بعدها .

قطعا وهو أن يكون العقد في نفسه صحيحا أو باطلا فعدم معرفتها لا يضر ، والاعتماد على ما في نفس الأمر ، وأما الثاني فهو أن يفوت ركن أو شرط فيوقف انعقاد العقد على وجود ذلك الركن أو الشرط ، فإن وجد حكم بصحته ، وإلا بطل فيوقف بيع الفضولي على إجازة المالك فإن أجاز صح وإلا بطل ، فلا يمكن أن نقول كان العقد على وجود الركن أو الشرط صحيحا أو فاسدا ونحن جاهلون وقوع أحد الأمرين ، ثم تبينا عند الإجازة الصحة بل من يقول بصحة العقد إنما يصححه في حالة الإجازة ... فما يكون موقوفا على أمر سيوجد في المستقبل يكون من وقف الانعقاد ، وما يكون موقوفا على أمر تبين وجوده فيما مضى يكون من وقف التبيين ، كما لو باع مال أبيه على ظن حياته فبان موته ، أو باع مال غيره على أنه بغير إذنه ، ثم بان أنه أذن له حال العقد»^(١) . ه . ا .

وقد اختلف علماء الشافعية في تصرف المفلس المحجور عليه في شيء من أعيان ماله بغير إذن الغرماء هل هو من قبيل وقف التبيين ، أو من قبيل وقف (الاستناد) ؟ فذهب السيوطي^(٢) رحمه الله إلى أن الوقف فيه وقف تبيين لا وقف استناد خلافا للرافعي^(٣)

(١) الأشباه والنظائر ورقة ٦١ ، ٦٢ فيلم مصور بجامعة الإمام بالمكتبة المركزية بالرياض تحت رقم ٦٦٠٩ وجاء في المنشور في القواعد للزركشي ٣/٣٤١ « الثانية بيع مال مورثه ظلانا حياته وهو وقف تبيين بمعنى أن العقد فيه صحيح ، ونحن لا نعلم ثم تبين في ثاني الحال فهو وقف على ظهور أمر كان عند العقد ، والمملك فيه من حين العقد ولا خيار فيه » .

(٢) السيوطي : عبد الرحمن بن أبي بكر محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد بن خضر بن أيوب بن محمد بن همام الدين الحضير الأصل الطولوني المصري الشافعي (جلال الدين أبو الفضل) عالم مشارك في أنواع العلوم ولد في رجب سنة ٨٤٩ هـ ونشأ بالقاهرة يتيما ، وقرأ على جماعة من العلماء ولما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس في روضة المقياس فألف أكثر كتبه توفي في جمادى الأولى سنة ٩١١ هـ .

له مصنفات منها : « الأشباه والنظائر » و « الدر المنثور في التفسير بالمأثور » و « المزهر » في اللغة و « طبقات الحفاظ » و « الجامع الصغير » في الحديث .

انظر/الضوء اللامع ٤/٦٥ - ٧٠/شذرات الذهب ٨/٥١ - ٥٥ .

(٣) الرافعي : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن القزويني الشافعي (أبو القاسم) فقيه أصولي ، محدث ، مفسر ، مؤرخ توفي بقزوين في ذي القعدة سنة ٦٢٣ هـ - له مصنفات كثيرة منها « فتح العزيز في شرح الوجيز » و « الشرح الصغير » و « المحرر » و « شرح مسند الشافعي » و « التذنيب » . و « الأمالي الشارحة على مفردات الفاتحة » .

انظر/طبقات الشافعية للسبكي ٨/٢٨١ - ٢٩١ .

طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٨٣ - ٨٤ .

فقال « منها - أي من مسائل الوقف - تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور عليه بغير إذن الغرماء ، والأصح البطلان ، والثاني أنه موقوف فإن فضل عن ذلك الدين بارتفاع سعر ، أو إبراء بأن نفوذه من حين التصرف وإلا بان بطلانه هكذا عبر كثيرون ، وظاهره أن الوقف وقف تبين ، ومال الرافعي إلى أنه وقف انعقاد ^(١) .

وإذا ما نظرنا إلى تصرف المفلس - على ضوء ما سبق أن ذكرناه من الفرق بين الاستناد والتبين نجد أن تصرفه موقوف على إذن الغرماء ، والغريم يحتمل أن يجيز التصرف أو لا يجيز ، فالانعقاد على خطر الوقوع في المستقبل فإذا ما أجاز تصرفه من الغرماء انعقد العقد ، وإن لم يجز بطل ، فالاستناد فيه ظاهر ، غاية ما في الأمر أن فقهاء الشافعية جعلوا الوقف على إبراء الدائن للمدين المتصرف ، وهو في قوة وقوفه على إذنه في التصرف ، أما مسألة الوقف على ارتفاع الأسعار فمع كونها تخلو من الإرادة إلا أن ذلك لا يخرج عن كونه في وقف الاستناد ، وأيا كان فإن التصرفات العقدية الموقوفة عند الشافعية تثبت إما بطريق الاستناد ، أو التبين . والتبين كما سبق أنوضحنا ليس فيه مخاطرة في الانعقاد ، فهو خارج عن حقيقة العقد الموقوف وكما عبر ابن الملقن بأن الوقف فيه لا يضر ، إذ العقد في نفسه صحيح .

وأما الحنابلة فلم أر لهم نصا صريحا يفيد طريقة ثبوت التصرفات العقدية الموقوفة ولكن الذي يظهر لي من النصوص الفقهية في كتبهم أنهم متفقون مع المذاهب الثلاثة في النظرة إلى طبيعة ثبوت التصرفات العقدية الموقوفة بصفة عامة ، فما كان موقوفا على أمر سيوجد في المستقبل فهو من قبيل وقف الاستناد ، وما كان موقوفا على أمر تبين وجوده فيما مضى يكون من وقف التبين ، لكنهم يختلفون مع المذاهب الثلاثة فيما يثبت بطريق

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ وجاء في الأشباه والنظائر لابن الوكيل ورقة ٩٤ « ومنها (أي من التصرفات الموقوفة) البيع والعقود والرهن والهبة والكتابة من المحجور عليه المفلس في شيء من أعيان ماله هل يصح ؟ فيه قولان : أصحهما لا ، والثاني أنها موقوفة فإن فضل ما تصرف فيه عن الدين بارتفاع القيمة أو إبراء بعض الغرماء بأن نفوذه من حين تصرفه كما صرح به الإمام وغيره ... قال الرافعي وإن شئت قلت هذه التصرفات غير نافذة في الحال فإن فضل ما تصرف فيه ، وانفك الحجر فهل تنفذ حينئذ ؟ فيه قولان .

وهذه العبارة تقتضي أنه ليس الوقف وقف تبين بل وقف انعقاد ويؤيده إنما يكون على أمر سيوجد في المستقبل يكون من وقف الانعقاد ، وما يكون موقوفا على أمر تبين وجوده يكون من وقف التبين « ١ . هـ .

الاستناد ، ففي المذاهب الثلاثة بيع الفضولي يتوقف على الإجازة فإذا حصلت استندت الإجازة إلى وقف إجراء التصرف الأصلي فاعتبر عقد البيع من ذلك الوقت لكن الحنابلة لهم رأيان في ذلك :

الرأي الأول : وهو المشهور عندهم موافق للمذاهب الثلاثة .

الرأي الثاني : يذهب إلى أن بيع الفضولي إذا حصلت الإجازة يستند لكنه يقتصر على حدوث الأمر اللاحق وهو وقف الإجازة ، وبهذا يكون بيع الفضولي على هذا الرأي كطلاقه فكما أن طلاقه يستند إلى وقت الإجازة ولا يستند إلى وقت إجراء التصرف الأصلي وهو تطبيق الفضولي ، فكذلك بيعه ، على هذا القول . جاء في الفروع في الكلام على تصرف الفضولي « إن اشترى له في ذمته صحح على الأصح - إن لم يسمه في العقد وقيل إن سماه - ثم إن أجازته المشتري له ملكه من حين العقد ، وقيل الإجازة »^(١) .

ومن أمثلة ما ثبت بطريق الاستناد عند الحنابلة كذلك : تصرف الملتقط باللقطة موقوف ، وصاحب اللقطة مخير بين إمضاء تصرفه وبين المطالبة بها^(٢) ، والوصية للوارث في ظاهر المذهب^(٣) ، والوصية لعبد وارثه^(٤) ، والوصية لغير الوارث بما زاد على الثلث^(٥) كل ذلك موقوف على إجازة الورثة فإن أجازوه جاز وإن ردوه بطل .

(١) ابن مفلح ٣٦/٤ وجاء في الإنصاف للمرداوي ٢٨٥/٤ « حيث قلنا يملكه بالإجازة فإنه يدخل في ملكه من حين العقد على الصحيح من المذهب .. وقيل من حين الإجازة » . وانظر الهداية لأبي الخطاب ١٣٢/١ ، والمبدع لابن مفلح ١٧/٤ والمحزر في الفقه لأبي البركات بن تيمية ٣١٠/١ ، والكافي لابن قدامة ٢١/٢ .

(٢) جاء في أعلام الموقعين ٥٤/٢ « وتصرف الملتقط باللقطة موقوف وصاحب اللقطة مخير بين إمضاء تصرفه وبين المطالبة بها » . وانظر المغني لابن قدامة ٧٠٠/٥ .

(٣) جاء في الكافي لابن قدامة ٤٧٩/٢ « ولا تجوز الوصية لوارث فإن فعل صححت في ظاهر المذهب ووقفت على إجازة الورثة » ١ . هـ وانظر الفروع لابن مفلح ١١/٦ والمبدع لابن مفلح ١١/٦ والمغني لابن قدامة ٦/٥ وشرح منتهى الإرادات ٣٨/٢ ، والمذهب الأحمد في مذهب أحمد لابن الجوزي ص ١٤٨ .

(٤) جاء في المغني لابن قدامة ١١٠/٦ « إن أوصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة » .

(٥) جاء في المغني لابن قدامة ٦/٦ « الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم فإن أجازوه جاز وإن ردوه بطل » .

ومثال ما يثبت بطريق التبيين ما لو تصرف في مال غيره بعقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف ، جاء في القواعد « من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحث عنه على الإذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الإذن كان موجودا هل يكون كتصرف المأذون له أو لا ؟ في المسألة وجهان »^(١) .

فعلى القول بأن تصرفه كتصرف المأذون له يصح تصرفه ، ويكون ثبوته بطريق التبين ، وعلى القول بأن تصرفه لا يكون كتصرف المأذون له لا ينفذ .

ومن هذا يتضح أن المعنى الذي يقصد إليه الفقهاء من وقف التصرف هو ما ارتبط فيه التصرف بأمر لاحق على سبيل المخاطرة ، فإن تحقق هذا الأمر ترتبت الآثار ، وإن لم يتحقق زال التصرف وصار كأن لم يكن . وهو خصوص معنى ثبوت الحكم بطريق الاستناد .

وإذا ما أردنا أن نتكلم على طبيعة الوقف في التصرفات غير العقدية نجد أن هذه التصرفات : إما أن تكون من الأمور العبادية كالصلاة والزكاة والصيام والحج أو تكون خارجة عنها ، وتظهر في الإسقاطات كالطلاق والعق و نحو ذلك مما يثبت بإرادة منفردة .

فأما طبيعة الوقف في العبادات فإن التصرفات الموقوفة فيها تثبت بطريق الاستناد وذلك كما في الصلاة في الدار المغصوبة ، فإنها موقوفة على تحليل المالك ، فإذا حلل صاحب الدار المصلي صحت صلاته وإلا فلا^(٢) . وكما في صيام المرأة والعبد أو الأمة بدون إذن الزوج والسيد فإنه موقوف على إذنها فإن سمحا لهم مضوا فيه وإلا فلهما تحليلهم^(٣) .

(١) ابن رجب ص ١١٦ .

(٢) جاء في الإنصاف للمرداوي ٤٥٧/١ ، ٤٥٨ ومن صلى في ثوب حرير أو مغصوب لم تصح صلاته هذا المذهب بلا ريب ... قال في الفائق والمختار وقف الصحة على تحليل المالك في الغصب . وانظر الفروع لابن مفلح ٢٣٢/١ ، وتحفة المراد في أن النهي يقتضي الفساد ص ١٦٠ .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٠٧/٢ والخُرشي على خليل ٢٦٥/٢ ، والفتاوى الهندية ١٩٧/١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٤١/١ ، والمجموع شرح المهذب للنووي ٣٦٢/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٤/١ ، والفروع لابن مفلح ٢٠٨/٣ وكشاف القناع ٣٤٩/٢ .

وكإحرام الرقيق بالحج تطوعا بغير إذن المولى موقوف على سماحه^(١) وكإحرام المرأة بحجة الإسلام بغير إذن الزوج موقوف على إذنه فإن سمح لها مضت ، وإلا فله تحليلها^(٢) ، وكإحرام الصبي المميز بغير إذن وليه فإنه موقوف على سماح الولي فإن سمح له مضى ، وإلا فله تحليله^(٣) .

وأما التصرفات - غير العبادية - التي تثبت بإرادة واحدة فإذا ما تأملنا نجد أن طبيعة التصرفات الموقوفة فيها تختلف فمنها ما يثبت بطريق الاستناد لكنه يقتصر على وقت صدور الإجازة ، وذلك مثل تطليق الفضولي امرأة الغير وإعتاقه عبده فإذا ما أجاز الزوج والسيد فإن الطلاق والعق يثبتان مقتصرين على وقت صدور الإجازة ، فلا يقع الطلاق والعق الواقعين قبلها. جاء في جامع الفصولين « قال لامرأة غيره إن دخلت الدار فأنت طالق ، فأجاز الزوج فدخلت الدار طلقت ، وكذا الأمر باليد ونحوه من الفضولي يثبت حكمه مقصورا على حالة الإجازة حتى لا يقع الطلاق الموقع قبل الإجازة^(٤) .

ومنها ما يثبت بطريق الانقلاب ، وذلك كما لو علق الطلاق والعق بشرط لا يمكن أن يحدث إلا فيما بعد كأن يقول إن دخل زيد الدار فأنت طالق ، أو فأنت حر فإذا دخل زيد الدار طلقت وعق ، والأصل في دخوله الدار أنه ليس بعلة لوقوع الطلاق،

(١) بهذا قال جمهور العلماء انظر مختصر الطحاوي ص ٧٢ ، والبدائع للكاساني ١٢٤/٢ والفتاوي الحانية ٢٨٣/١ (مطبوع مع الهندية) والكافي لابن عبد البر ٤١٣/١ ، والمهذب للشيرازي ١٤٢/١ والمغني لابن قدامة ٢٤٠/٣ والإنصاف للمرداوي ٣٩٧/٣ .

(٢) القول بالوقف في هذه المسألة قال به بعض الشافعية انظر المهذب للشيرازي ٢٤٢/١ والأم للشافعي ١٠٠/٢ .
(٣) بهذا قال المالكية وبعض الشافعية ، انظر مواهب الجليل للحطاب ٤٨١/٢ . وتحفة المحتاج لابن حجر ٨/٤ وحاشية البجيرمي على شرح المنهج ١٠٣/٢ .

(٤) ٣١٢/١ وجاء في غمز عيون البصائر للحموي ١٥٧/٢ « ذكر بعض مشايخنا ضابطا للمقتصر والمستند بأن ما يصح تعليقه بالشرط يقع مقتصرا ومالا يصح تعليقه يقع مستندا، وقد ذكر مشايخنا من الفروع ما يدل على ذلك فقالوا: إن الطلاق المنجز من الأجنبي موقوف على إجازة الزوج فإذا أجاز وقع مقتصرا على وقت الإجازة ولا يستند » . وانظر أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢٩ ، والبدائع للكاساني ٨٩/٥ ، والبحر الرائق لابن نجيم ١٦٤/٦ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٦/٤ ، والبهجة شرح التحفة ٦٨/٢ ، والمجموع شرح المهذب ٢٥٩/٩ (الطباعة المنيرية) وروضة الطالبين للنووي ٢٥٣/٣ ، والفروع لابن مفلح ٣٦/٤ ، والكافي لابن قدامة ٢٠/٢ .

ولكنه انقلب علة بعد حدوث المعلق عليه^(١) .

ومن التصرفات المعلقة ما يثبت بطريق التبين والظهور مثل أن يعلق الطلاق والعق على أمر يمكن أن يطلع عليه في الحال ، وذلك كأن يقول في اليوم إن كان زيد في الدار فأنت طالق ، ثم يتبين في الغد وجوده فيها يقع الطلاق في اليوم ويعتبر ابتداء العدة منه^(٢) .

ويتضح مما سبق أن التصرفات الموقوفة غير العقدية تثبت بطريق الاستناد إلى وقت إجراء التصرف الأصلي في العبادات ، أو تقتصر على حدوث الأمر اللاحق كطلاق الفضولي كما تثبت بطريق الانقلاب والتبين ، بخلاف التصرفات العقدية الموقوفة ، فكما سبق أن حررنا القول فيها وأنها تثبت بطريق الاستناد ، وأعتقد أنه في مجال التصرفات غير العقدية يتحقق معنى الوقف في موضعين أحدهما : ما فيه استناد ، والثاني : ما فيه انقلاب لأن الانقلاب يحتوي على مخاطرة في الانعقاد . والله أعلم .

(١) انظر غمز عيون البصائر للحموي ١٥٦/٢ ، ١٥٧ ، وشرح التوضيح على التنقيح ٣٨/٢ ، وكشف الأسرار للبخاري ٥٧١/٢ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٤٩/٤ ، والفروق للقرافي ٧٧/١ ، وروضة الطالبين للنووي ١١٤/٨ ، ١١٥ ، والكافي لابن قدامة ٥٨٧/٢ ، والفروع لابن مفلح ٤٢٤/٥ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٥ .

الباب الأول

في التصرفات العقدية

وفيه أحد عشر فصلاً

الفصل الأول : في عقد الفضولي

الفصل الثاني : في عقد الصبي المميز بدون إذن وليه

الفصل الثالث : في عقد السفیه

الفصل الرابع : في عقد المريض

الفصل الخامس : في بيع الراهن الرهن لغير المرتهن وبدون إذنه

الفصل السادس : في بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه

الفصل السابع : في بيع الغاصب العين المغصوبة

الفصل الثامن : في عقد المكره

الفصل التاسع : في بيع العبد الجاني

الفصل العاشر : في عقد المرتد

الفصل الحادي عشر : في عقد الرقيق غير المأذون

الفصل الأول

عقد الفضولي

المبحث الأول : تعريف الفضولي

الفضولي في اللغة : فآؤه مضمومة وهو المشتغل بما لا يعنيه ، والفضول : جمع الفضل ، والفضل في المحمود أكثر استعمالاً ، والفضول في المذموم ، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد^(١) .

قال المطرزي^(٢) « الفضولي بضم الفاء ... وفتح الفاء فيه خطأ »^(٣) .

الفضولي عند الفقهاء : يعرف الفقهاء الفضولي بتعريفات - وإن اختلفت في اللفظ - لكنها متفقة في المعنى وسنشير إلى بعض تلك التعريفات .

جاء في غاية البيان « الفضولي هو من يتصرف بحق غيره بدون إذن شرعي »^(٤) وجاء في البهجة في شرح التحفة « الفضولي هو الذي يبيع مال غيره بغير توكيل ولا إيضاء عليه »^(٥) .

(١) القاموس المحيط ٣١/٤ ، تاج العروس ٦١/٨ ، ٦٣ ، المصباح المنير ١٣١/٢ مادة « فضل » .

(٢) المطرزي : هو ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي الخوارزمي الحنفي أبو الفتح قال اللكنوي : « كان إماماً في الفقه والعربية واللغة رأساً في الاعتزال لسان البرهان سحبان البيان عديم النظر في الفقه وأصوله » من مؤلفاته « المغرب » في لغات الفقه و « الإيضاح » شرح مقامات الحريري و « الإقناع » في اللغة و « مختصر إصلاح المنطق » توفي سنة ٦١٠ هـ وقيل ٦١٦ هـ .

انظر الجواهر المضية ١٩٠/٢ ، والفوائد البية ص ٢١٨ .

(٣) المغرب في ترتيب المغرب ٩٨/٢ وجاء في التكملة والذيل والصلة للصغاني ٤٧٢/٥ « يقال لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي ... وفتح الفاء منه خطأ » .

وجاء في المعجم الوسيط ٧٠٠/٢ « الفضول جمع فضل وما لا فائدة فيه يقال هذا من فضول القول واشتغال المرء أو تدخله فيما لا يعنيه ، وعند الأطباء ما يخرج من البدن بدون معالجة ، والفضولي من الرجال المشتغل بالفضول » .

(٤) مخطوطة للإتقاني ٦ مجلدات غير مرقمة في دار الكتب المصرية تحت رقم ٢٧٦ مجلد « ٣ » باب الفضولي .

(٥) ٦٨/٢ ، وجاء في القوانين الفقهية ص ٢٥٨ « الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه هو بيع الفضولي » . وجاء في حلي المعاصم للتاودي ٦٨/٢ « الفضولي هو الذي يبيع متاع غيره من دون ولاية ولا توكيل » .

وجاء في مغني المحتاج « الفضولي هو البائع مال غيره بغير إذن ولا ولاية »^(١) وإذا ما نظرنا إلى هذه التعريفات نجد أن هناك قدرا مشتركا يجمع بين هذه التعريفات وهو أن الفضولي هو ذلك الشخص الذي يتصرف في شؤون غيره من دون أن يكون له ولاية إصدار هذا التصرف ، وذلك كمن يبيع مال غيره أو يشتري له شيئا من دون أن يكون وليا شرعيا ولا وكىلا عن الغير في إبرام هذا التصرف^(٢) .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد الفضولي .

اختلف العلماء في حكم عقد الفضولي ، وسنفصل آراء العلماء في ذلك في كل مذهب على حدة .

أ - المذهب الحنبلي : إذا باع أحد ملك غيره بغير إذنه ، أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه ففي مذهب الحنابلة روايتان :

الرواية الأولى : أنه باطل . وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

الرواية الثانية : أنه صحيح ويوقف على إجازة المالك .

جاء في الإنصاف « إن باع ملك غيره بغير إذنه ، أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه لم يصح ، وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب ، وعنه يصح ويقف على إجازة المالك »^(٣) .

(١) ١٥/٢ .

(٢) انظر : البدائع للكاساني ١١٨/٥ ، وفتح القدير لابن الهمام ٣٠٩/٥ ، والبحر الرائق ١٦٠/٦ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٦/٤ والخرشي على خليل ١٨/٥ ، ونهاية المحتاج للرملي ٣٨٩/٤ ، وفتح الجواد للهيتمي ٣٨٢/١ ، والمحزر في الفقه لأبي البركات بن تيمية ٣١٠/١ ، وكشاف القناع ١٥٧/٣ .

(٣) ٢٨٣/٤ وجاء في الكافي لابن قدامة ٢/٢ إن باع مال غيره بغير إذنه ففيه روايتان إحداهما لا يصح ، والثانية يصح ويقف على إجازة المالك فإن أجازته جاز وإن أبطله بطل .

وجاء في المبدع لابن مفلح ١٦/٤ « إن باع ملك غيره بغير إذنه ، أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه ، أو طلق زوجة غيره ، أو نحو ذلك من التصرفات لم يصح ، اختاره الأكثر لعدم وجود شرطه والشيء يفوت بفوات شرطه ، وعنه يصح ويقف على إجازة المالك » .

وانظر كشاف القناع للبهوتي ١٥٧/٣ والقواعد لابن رجب ص ٤١٧ والهداية لأبي الخطاب ١٣٢/١ ، والمقنع لابن قدامة ٦/٢ والمحزر في الفقه لأبي البركات ٣١٠/١ ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى الرحيباني ١٩/٣ ، ومغني ذوي الأفهام لابن عبد الهادي ص ١٠٦ ، ونيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر الشيباني ص ١٢٠ .

أما إذا اشترى لغيره بدون إذنه في ذمته فقد اختلف علماء الحنابلة في ذلك ، فذكر بعضهم أنه يصح الشراء رواية واحدة ، فإن أجازته من اشترى له ملكه من حين العقد وإلا لزم من اشتراه ، جاء في الهداية « إن اشترى للغير شيئاً بثمن في الذمة صح الشراء رواية واحدة ، لكن إن أجازته من اشترى له ملكه وإن لم يجزه لزم من اشتراه »^(١) .

وبعض علماء الحنابلة يفصل في حكم هذه المسألة ويفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : ألا يسميه في العقد .

الحالة الثانية : أن يسميه في العقد .

ففي الحالة الأولى : وهي الشراء لغيره بدون إذنه في ذمته وعدم تسميته في العقد ،

يقولون إن العقد يصح على الصحيح من المذهب ، والقول الآخر أنه لا يصح .

وفي الحالة الثانية : وهي ما إذا أسماه في العقد بأن قال اشتريت لفلان قال بعضهم :

الصحيح من المذهب أنه لا يصح ، وقيل : حكمه حكم ما إذا لم يسمه في العقد ، جاء

في الإنصاف « إذا اشترى له في ذمته ، فلا يخلو إما أن يسميه في العقد أو لا . فإن لم

يسمه في العقد صح العقد على الصحيح من المذهب .. قال الزركشي^(٢) هذا المذهب

المعروف المشهور ، وإن سماه في العقد فالصحيح من المذهب أنه لا يصح ... وقيل

حكمه حكم ما إذا لم يسمه »^(٣) .

(١) أبو الخطاب ١٣٢/١ وجاء في المقنع لابن قدامة ٨/٢ « إن اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فإن أجازته من اشترى له ملكه وإلا لزم من اشتراه » . قال صاحب الحاشية على المقنع « وظاهره سواء سماه في العقد أو لا » . وانظر المبدع لابن مفلح ١٧/٤ .

(٢) الزركشي : محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي الشيخ الإمام شمس الدين بن جمال الدين بن شمس الدين الزركشي المصري أخذ الفقه عن القاضي موفق الدين عبد الله الحجاوي قاضي الديار المصري ، وأصله من عرب بني مهنا الذين هم من جند الشام ناحية الرحبة توفي سنة ٧٧٢ هـ .

له تصانيف أشهرها : شرح الخرق في الفقه لم يسبق إلى مثله بيض أكثره ، وبيض بقيته بعده عمر بن عيسى بن طولون وفرغ منه سنة ٧٧٤ هـ . وشرح قطعة من المحرر للشيخ مجد الدين وقطعة من الوجيز . النجوم الزاهرة ١١٧/١١ ، شذرات الذهب ٢٢٤/٦ - ٢٢٥ ، المدخل لابن بدران ٢١١/٢ .

(٣) الإنصاف ٢٨٣/٤ ، ٢٨٤ وجاء في الفروع لابن مفلح ٣٦/٤ « إن اشترى له في ذمته صح على الأصح إن لم يسمه في العقد ، وقيل أو سماه » وانظر المبدع لابن مفلح ١٧/٤ والمحرر في الفقه لأبي البركات ٣١٠/١ والقواعد لابن رجب ص ٤١٩ والحاشية المنسوبة للشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب على المقنع ٨/٢ .

ب - المذهب الشافعي : إذا باع أحد مال الغير بغير إذن أو ولاية ، فللشافعية في ذلك قولان :

القول الأول : أنه باطل وهو القول الجديد للشافعي .

القول الثاني : أنه ينعقد موقوفا على الإجازة ، فإن أجازته نفذ ، وإلا لغى وهو القول القديم للشافعي .

والقولان عند الشافعية يجريان فيما لو زوج الفضولي أمة الغير ، أو ابنته ، أو أجر داره ، أو رهنها بغير إذنه . جاء في روضة الطالبين « لو باع مال غيره بلا إذن ولا ولاية فقولان : الجديد بطلانه ، والقديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك ، فإن أجاز نفذ وإلا لغى ، ويجري القولان فيما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق عبده أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه »^(١) .

وأما إذا اشترى الفضولي لغيره فلا يخلو الحال من أمور ثلاثة :

الأمر الأول : أن يشتري بعين مال ذلك الغير ففي هذا القولان السابقان

أ - الجديد بطلانه . ب - والقديم وقفه على الإجازة .

الأمر الثاني : أن يشتري في الذمة ولا يخلو ذلك الأمر من ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يطلق لفظ العقد وينوي كونه للغير وفي ذلك قولان :

القول الأول : أنه باطل وهو قول الشافعي الجديد .

القول الثاني : أنه موقوف فإن أجازته المالك نفذ للمجيز ، وإن لم يجزه نفذ على المباشر .

وهو القول القديم للشافعي .

(١) ٣٥٣/٣ ، وجاء في فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ١٢١/٨ « إذا باع مال الغير بغير إذن ولا ولاية ففيه قولان : الجديد أنه لاغ ... والقديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجاز نفذ وإلا لغى .. والقولان جريان فيما لو زوج أمة الغير أو ابنته أو طلق منكوحته ، أو عبده ، أو أجر داره ، أو رهنها بغير إذنه » .

وانظر المجموع شرح المذهب للنووي ٢٤٧/٩ ونهاية المحتاج للرملي ٤٠٢/٣ ، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٠٢/١ ومغني المحتاج للشريني ١٥/٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٥ والأشباه والنظائر لابن الملحق ورقة ٦١ ، والأشباه والنظائر لابن الوكيل ورقة ٨٨ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣٢/٣ وحاشية الرملي على شرح روض الطالب من أسنى المطالب ١٠/٢ والأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ٣١٢/١ ، ٣١٣ ، والغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي ٤٥٨/١ .

الحالة الثانية : أن يضيف الشراء إلى ذمة من اشتراه له بأن يقول اشترت لفلان بألف في ذمته ، وحكم هذه الحالة حكم ما مر في الأمر الأول من الشراء بعين المال فيه قولان : الجديد بطلانه ، والقديم وقفه على الإجازة .

الحالة الثالثة : أن يضيف الشراء لفلان ولا يضيفه إلى ذمته بأن يقول اشترت لفلان بكذا فعلى قول الشافعي الجديد : فيه قولان : أحدهما : يلغو العقد .

الثاني : يقع على المباشر .

وعلى القول القديم يقف على الإجازة فإن أجازته نفذ ، وإن لم يجزه فللشافعية في ذلك رأيان :

الأول : أنه ينفذ ويقع على المباشر .

الثاني : أنه لا ينفذ ولا يقع على المباشر بل يبطل .

الأمر الثالث : أن يشتري شيئاً لغيره بمال نفسه ، وحينئذ لا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : ألا يسميه في العقد وفي هذه الحالة يقع العقد على المباشر بلا خلاف .

الحالة الثانية : أن يسميه في العقد . فإن لم يأذن له لغت التسمية ، وهل يقع العقد

على المباشر أو يبطل فيه وجهان :

أحدهما : يبطل .

الثاني : يقع على المباشر .

وإذا أذن له فهل تلغو التسمية فيه وجهان :

أحدهما : لا تلغو التسمية وفي هذه الحالة ينفذ العقد على الآذن .

الثاني : تلغو التسمية وأما العقد ففيه وجهان :

أحدهما : يبطل من أصله . الثاني : يقع على المباشر .

جاء في المجموع شرح المذهب « إذا اشترى الفضولي لغيره نظر إن اشترى بعين مال

ذلك الغير ففيه هذان القولان : الجديد بطلانه ، والقديم وقفه على الإجازة ، وإن اشترى

في الذمة نظر إن أطلق لفظ العقد ، ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر ، وعلى القديم يقف على الإجازة فإن أجاز نفذ للمجيز وإلا نفذ للمباشر ، وإن قال : اشترت لفلان بألف في ذمته فهو كاشترائه بعين مال الغير ففيه القولان : الجديد بطلانه والقديم وقفه على الإجازة . وإن اقتصر على قوله اشترت لفلان بألف ولم يصف الثمن إلى ذمته فعلى الجديد فيه وجهان أحدهما : يلغو العقد ، والثاني يقع على المباشر . وعلى القديم يقف على الإجازة فإن أجاز نفذ للمجيز ، وإلا ففيه الوجهان في وقوعه للمباشر ، أما إذا اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه ، فإن لم يسمه في العقد وقع العقد للمباشر بلا خلاف ، سواء كان ذلك الغير أذن له أم لا ، وإن سماه نظر إن لم يأذن له لغت التسمية وهل يقع للمباشر أم يبطل ؟ فيه الوجهان فإن أذن له فهل تلغو التسمية ؟ . فيه وجهان فإن قلنا تلغو ، فهل يبطل العقد من أصله ؟ أو يقع عن المباشر ، فيه الوجهان ، وإن قلنا لا تلغو وقع عن الأذن ^(١) .

ج - المذهب المالكي : إذا تصرف الفضولي ببيع أو شراء انعقد تصرفه ، وتوقف على إجازة المالك ، قال ابن جزي ^(٢) عند الكلام على شروط البيع : « الثاني أن يكونا (أي المتعاقدين) مالكين أو وكيلين لمالكين ، أو ناظرين عليهما ، فأما الشراء لأحد بغير إذنه ، أو البيع عليه فهو بيع الفضولي فينعقد ويتوقف على إذن ربه » ^(٣) .

وإذا لم يجز من اشترى له الشراء ، لزم الشراء الفضولي في حالة ما إذا اشترى بعين ماله هو لغيره ، وكذا إذا اشترى بعين مال غيره إلا في حالتين ينتقض فيهما الشراء .

(١) ٢٤٧/٩ ، ٢٤٨ ، وانظر فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي مطبوع مع المجموع شرح المذهب ١٢١/٨ ، ١٢٢ ، وروضة الطالبين للنووي ٣٥٤/٣ .

(٢) ابن جزي : هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكلبي أبو القاسم ، فقيه من العلماء بالأصول واللغة من أهل غرناطة ولد سنة ٦٩٣ هـ ، وقرأ على أبي جعفر ابن الزبير ، وأبي الحسن ابن سمعون ، وأبي عبد الله ابن العماد ، وفقد وهو يحرض الناس يوم معركة طريف ، في جمادى الأولى سنة ٧٤١ هـ .

له مصنفات منها : « القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية » و « تقريب الوصول إلى علم الأصول » و « وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم » و « الفوائد العامة في لحن العامة » و « البارع في قراءة نافع » .

انظر : الدياج المذهب ص ٥٩٥ ، الدرر الكامنة ٣٥٦/٣ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٥٨ ، وجاء في شرح الخرشي على مختصر خليل ١٨/٥ « من باع ملك غيره بغير إذنه فإن البيع موقوف على إجازة المالك فإن أجاز جاز ، ولو علم المشتري أن البائع فضولي وإن رده رد خلافاً لأشهب » ١ . هـ . وانظر حاشية العدوي على الخرشي نفس الصفحة ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١١/٣ ، والبهجة في شرح التحفة ٧٤/٢ .

الحالة الأولى : أن يكون المشتري قد أشهد أن الشراء لفلان وعلم البائع به .
الحالة الثانية : أن يصدق البائع المشتري (الفضولي) بأن شراؤه كان لفلان بماله أي بمال فلان .

ويرجع رب المال على البائع بماله في هاتين الحالتين وفي حالة ثالثة وهي : أن تقوم بينة أن المال الذي اشترى به (أي الفضولي) ليس ملكا له ، وإنما هو ملك للمشتري له . لكن في هذه الحالة يلزم الشراء الفضولي ويرجع البائع عليه بالثمن . جاء في تهذيب الفروق « إن اشترى لغيره ولم يجزه لزم الشراء للمشتري ، ولا يرجع رب المال على البائع بماله إلا أن يكون المشتري أشهد أن الشراء لفلان بماله ، والبائع يعلم ذلك ، أو صدق المشتري فيه ، أو تقوم بينة أن الشيء الذي اشترى به ملك للمشتري له ، فإن أخذ المشتري له ماله ولم يجز الشراء انتقض البيع فيما إذا صدق البائع أنه اشترى لغيره أو قامت بينة أن البائع يعلم ذلك ، ولم ينتقض (أي الشراء) مع قيام البينة أن المال للمشتري له بل يرجع على المشتري بجميع الثمن ويلزم البيع . هذا قول ابن القاسم^(١) وأصبغ^(٢) وهو المذهب »^(٣) .

د - المذهب الحنفي : إذا باع الفضولي انعقد بيعه وتوقف على إجازة المالك جاء في البدائع « لا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك »^(٤) .

(١) ابن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة مولى زيد بن الحارث العتقي ، من كبار الفقهاء المصريين رجل صالح مقل صابر متقن حسن الضبط قال ابن حارث : هو أقعد الناس بمذهب مالك ، وسمعا الشيوخ يفضلون ابن القاسم على جميع أصحابه في علم البيوع . له المدونة « ١٦ » جزءا وهو من أجل كتب المالكية . توفي سنة ١٩١ هـ وهو ابن ثلاث وستين سنة . انظر في ترجمته : الدياج المذهب في معرفة أعيان المذهب لليعمري ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، وترتيب المدارك للقاضي عياض ٤٣٣/٢ وما بعدها ، والأعلام للزركلي ٩٧/٤ .

(٢) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان يكنى أبا عبد الله رحل إلى المدينة لسمع من مالك فدخلها يوم مات وصحب ابن القاسم وابن وهب وأشهب وسمع منهم وتفقه معهم قال ابن معين : كان أصبغ من أعلم خلق الله كلهم برأي مالك يعرفها مسألة مسألة . توفي بمصر سنة ٢٢٥ هـ انظر ترجمته في : الدياج المذهب لليعمري ص ٩٧ ، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٥٣ ، ١٥٤ .

(٣) التهذيب لمحمد بن علي بن حسين ٢٤١/٣ .

(٤) للكاساني ١٤٨/٥ ، وجاء في البحر الرائق لابن نجيم ١٦٠/٦ « ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه ولو عرضا » يعني أنه صحيح موقوف على الإجازة بالشرائط الأربعة . وانظر تبين الحقائق للزيلعي ١٠٢/٤ ، ١٠٣ ، وحاشية أحمد الشلبي عليه نفس الصفحة ، والهداية شرح بداية =

وأما شراء الفضولي فلا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يضيف الفضولي الشراء لنفسه ، وصورته أن يقول البائع للمشتري : بعث منك هذه الدار بكذا ، فيقول المشتري : اشتريت وينوي بقلبه الشراء لفلان ، وحكم هذه الحالة أن الشراء يكون للفضولي ، ولا ينفذ على الذي اشترى له ولو أجازاه ، ذلك أن الأصل في مذهب الحنفية في شراء الفضولي أنه لا يتوقف على الإجازة إلا إذا لم يجد نفاذاً على المشتري ، فأما وقد وجد نفاذاً فإنه ينفذ ولا يتوقف ، ولا تعمل الإجازة عملها بعد أن نفذ الشراء ، ومثال عدم نفاذ الشراء على المشتري وتوقفه على الإجازة : أي يشتري العبد أو الصبي المحجور عليهما لغيرهما بدون إذنه ، فإن الشراء يتوقف ولا ينفذ ، فإذا ما أجازاه من اشترى له نفذ عليه ، لأن الشراء كان عند الإجازة موقوفاً . جاء في الذخيرة « إذا اشترى الرجل شيئاً لرجل بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه ، وإن أجاز الذي اشترى له ، وصورته إذا قال البائع للمشتري : بعث منك هذه العين بكذا فقال المشتري : اشتريت ، ونوى بقلبه الشراء لفلان ، وهذا بناء على أصل معزوف وهو أن شراء الفضولي إنما يتوقف على الإجازة إذا لم يجد نفاذاً على المشتري ، كما لو كان المشتري عبداً محجوراً عليه ، أو صبياً محجوراً عليه ، أما إذا وجد نفاذاً على المشتري ينفذ ولا يتوقف ، وقد وجد نفاذاً على المشتري ههنا فنفذ عليه ولم يتوقف فلا تعمل إجازة المشتري له فيه وهذا إذا أضاف العقد إلى نفسه »^(١) .

الحالة الثانية : أن يضيف الفضولي العقد إلى المشتري له ، وهو على ثلاثة وجوه :
الأول : أن يقول البائع بعث هذا العبد من فلان بكذا ، وقال الفضولي اشتريت لفلان ، قبلت لفلان ، أو قال اشتريت قبلت ولم يقل لفلان ، وفي هذا الوجه يتوقف وتعمل إجازة المشتري له فيه .

= المتبدي للمرغيناني ٦٨/٣ ، وفتح القدير على الهداية ٣٠٩/٥ ، والعناية للبابرتي على الهداية مطبوع مع فتح القدير نفس الصفحة السابقة ، وجامع الفصولين لابن قاضي سمانه ٢٢٨/١ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٥/٣ ، والبنية في شرح الهداية ١٧٠/٣ ، ودرر الحكام لمنلا خسرو ١٧٦/٢ ، وغنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام (حاشية على درر الحكام للشرنبلالي ، والاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٧/٢ .

(١) الذخيرة للمرغيناني المشهور بالذخيرة البرهانية ورقة ١١٠ مخطوطة بمكتبة الأزهر تحت رقم ١٩٦٢ .
وجاء في الفتاوى الخانية ١٧٣/٢ (مطبوع بهامش الهندية) « إذا قال المالك بعث هذا منك بكذا فقال الفضولي قبلت أو اشتريت ونوى الشراء لفلان فإن الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف » وانظر بدائع الصنائع للكاساني ١٥٠/٥ .

الثاني : أن يقول الفضولي لصاحب العبد : بع هذا العبد من فلان بكذا فقال البائع :
بعت ، وقال المشتري (الفضولي) قبلت لفلان أو قال اشتريت لفلان ، أو لم يقل
لفلان ، وفي هذا الوجه يتوقف ولا ينفذ على المشتري .

الثالث : أن يقول صاحب العبد للفضولي بعت منك هذا العبد لأجل فلان فيقول
الفضولي قبلت أو اشتريت أو يقول الفضولي لصاحب العبد اشتريت منك هذا العبد
لأجل فلان ، فيقول صاحب العبد بعت ، وفي هذا الوجه ينفذ العبد على المشتري ولا
يتوقف^(١) .

هـ - المذهب الظاهري : ويرى الظاهرية أن تصرفات الفضولي بالبيع باطلة إلا أنهم
استثنوا حالة واحدة وهي أن يكون صاحب البضاعة غائبا ويخشى فسادها ، فإنها تباع
ويشتري لأهله مالا بد لهم منه .

أما شراء الفضولي فيرون أنه نافذ على المشتري (الفضولي) ولا يكون للذي اشتراه
له أبدا إلا بعقد جديد جاء في المحلى « ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب
المال له في بيعه ، فإن وقع فسخ أبدا - سواء كان صاحب المال - حاضرا يرى ذلك
أو غائبا ... ولا يجوز لصاحب المال أن يمضي ذلك البيع أصلا إلا أن يتراضى هو
والمشتري على ابتداء عقد بيع فيه ... وكذلك لا يلزم أحدا شراء غيره إلا أن يأمره
بذلك ، فإن اشترى له دون أمره فالشراء للمشتري ، ولا يكون للذي اشتراه له - أراد
كونه له أو لم يرد - إلا ابتداء عقد شراء مع الذي اشتراه إلا الغائب الذي يوقن بفساد
شيء من ماله فسادا يتلف به قبل أن يشاور ، فإنه يبيعه له الحاكم أو غيره ونحو ذلك

(١) انظر : المحيط البرهاني في الفقه النعماني للمرغيناني مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٨٢ مرقم الصفحات
انظر ص ٤٢ من الربع الثالث من المحيط .

وانظر الذخيرة البرهانية ورقة ١١٠ .

وجاء في المحيط أيضا ص ٤٢ « ورأيت في موضع آخر (من شرح الطحاوي) لو قال صاحب العبد للفضولي
بعت منك هذا العبد بكذا وقال الفضولي قبلت لفلان ، أو قال اشتريت لفلان أو بدأ الفضولي فقال اشتريت منك
هذا العبد لفلان ، وقال صاحب العبد بعت منك . ذكر أن الصحيح أن العقد يتوقف ولا ينعقد على الفضولي ، وذكر
محمد في وكالة الجامع في آخر باب الوكالة في البيوع ما يضمن ومالا يضمن مسألة تدل على أن الفضولي إذا اشترى
وهو من أهل أن ينفذ عليه نفذ عليه ولا يتوقف وإن أضاف الشراء إلى المشتري له نصا ، وكتبت في تعليقي أن هذا
فصل اختلف المتأخرون فيه في الفضولي ، واختلفهم فيه بناء على اختلافهم في الروايات عن محمد . . هـ .

ويشتري لأهله ما لا بد لهم منه»^(١) .

— ويتلخص مما سبق أن للعلماء في عقد الفضولي قولين :

القول الأول : أن عقد الفضولي موقوف على الإجازة ، وإلى هذا القول ذهب المالكية ، وهو قول عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة ، وبه قال الحنفية في عقد البيع وفي بعض الصور في الشراء .

القول الثاني : أن عقد الفضولي باطل ، وإلى هذا القول ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين والشافعية في القول الجديد ، والظاهرية في عقد البيع .

ونيتين مما سبق أن أحدا من العلماء لم يقل بنفاذ عقد الفضولي على غيره من دون رضاه وإجازته لذلك ، فالاختلاف منصب على القول بالصحة مع الوقف أو البطلان ، لذا نجد أن بعض الأدلة التي يستدل بها القائلون بالوقف - كما سيأتي - لا تدل على الوقف ، وإنما هي أدلة عامة تدل على جواز البيع في الجملة ومن ضمنها بيع الفضولي ، فإذا ما جاز بيعه فإن توقفه يستفاد من أدلة أخرى ، وكأنهم استدلوا بأدلة الجواز العامة ليدفعوا بها أدلة القول بالبطلان . وسنبين فيما يلي أدلة كل قول .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن عقد الفضولي موقوف على الإجازة بما يلي :

الدليل الأول : عموم الآيات الدالة على جواز البيع وغيره من المعاملات نحو قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ الآية^(٢) ، وقوله عز شأنه : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرْضٍ مِنْكُمْ ﴾ الآية^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ الآية^(٤) .

(١) المحلى لابن حزم ٤٤٣/٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(٣) سورة النساء آية ٢٩ .

(٤) سورة الجمعة آية ١٠ وقد استدل بهذه الآيات الكاساني في بدائع الصنائع ١٤٨/٥ ، وإلى هذه الآيات أشار ابن الهمام في فتح القدير ٣١٠/٥ فقال : « الدليل على ثبوته (أي الموقوف) هو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات » .

توجيه الاستدلال :

قال الكاساني^(١) موجهها الاستدلال بهذه الآيات : « شرع الله سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة ، وابتغاء الفضل من غير فصل بينا إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبينما إذا وجد من الوكيل في الابتداء ، أو بينا إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء ، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل »^(٢) .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ الآية^(٣) .

توجيه الاستدلال :

إن عمل الفضولي ومن في حكمه ممن ينعقد تصرفهم موقوفا يعتبر من قبيل التعاون على البر فيكون مشروعاً^(٤) .

الاعتراض على هذا الدليل :

اعتراض على الاستدلال بهذه الآية بأن هذا ليس من البر والتقوى بل هو من الإثم والعدوان^(٥) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : لا نسلم أن عمل الفضولي من التعاون على الإثم والعدوان ويشهد لذلك أن صاحب السلعة المبيعة - مثلاً - غير متضرر بتصرف الفضولي ؛ لأن الأمر بيده فإذا لم يرد البيع لم يجره ، وإن أراد ففقد حصل على

(١) الكاساني : أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، علاء الدين الكاساني أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، وشرح كتابه تحفة الفقهاء وعرضه عليه فازداد به فرحاً ، وزوجه ابنته الفقيهة « فاطمة » فقال الفقهاء في عصره (شرح تحفته وزوجه ابنته) توفي سنة ٥٨٧ هـ .

له مصنفات أشهرها : « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع » و « السلطان المبين في أصول الدين » . الجواهر المضية ٢/٢٤٤ - ٢٤٦ ، الفوائد البية ص ٥٣ .

(٢) بدائع الصنائع ١٤٩/٥ .

(٣) سورة المائدة آية « ٢ » انظر في الاستدلال بهذه الآية مواهب الجليل للخطاب ٢٧٠/٤ ، والفروق للقرافي

٣/٢٤٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ١٤٩/٥ .

(٤) انظر المراجع السابقة في الهامش السابق .

(٥) المجموع شرح المذهب للنووي ٢٥١/٩ .

نفاق سلعته بدون عناء وبحث عمن يشتريها ، وأما المشتري فإنه يجد حاجته التي طلبها ، وربما تعب في البحث عمن يبيعه إياها ، وأما الفضولي فإنه إذا احتسب في بيعه ورجا ثواب الله فإنه يكون مأجورا لأنه ساعد على بيع سلعة أخيه ، وساعد المشتري في حصوله عليها .

الدليل الثالث : عن ابن عمر^(١) رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : « خرج ثلاثة نفر يمشون فأصابهم المطر فدخلوا في جبل فأنحطت عليهم صخرة ، قال : فقال بعضهم لبعض : ادعوا الله بأفضل عمل عملتموه ... وفي الحديث فقال الآخر : اللهم إن كنت تعلم أني استأجرت أجيرًا بفرق^(٢) من ذرة فأعطيته وأبى ذلك أن يأخذ فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرا وراعيها ، ثم جاء فقال يا عبد الله أعطني حقي ، فقلت انطلق إلى تلك البقر وراعيها فإنها لك فقال أستهزيء بي ؟ قال : فقلت : لا ما أستهزيء بك ولكنها لك ، اللهم إن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فأفرج عنا فكشف عنهم^(٣) .

توجيه الاستدلال :

قوله في الحديث : « إني استأجرت أجيرًا بفرق من ذرة فأعطيته فأبى فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرا وراعيها » . فيه تصرف الرجل في مال الأجير بغير إذنه^(٤) حيث ثمر له ماله ونماه ثم أجاز صاحب المال ذلك وأخذه ، وفي ذلك دليل على

(١) ابن عمر : عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي أسلم مع أبيه ، وهاجر ، وعرض على النبي ﷺ بيده فاستصغره ثم بأحد فكذلك ، ثم بالخنوق فأجازه ، وهو يومئذ ابن خمس عشرة سنة وشهد غزوة مؤتة مع جعفر ابن أبي طالب ، وشهد اليرموك ، وفتح مصر وإفريقية وكان كثير الاتباع لآثار رسول الله ﷺ حتى إنه ينزل منازلهم ويصلي في كل مكان صلى فيه ، وكان كثير الصوم ، توفي سنة ٧٢ هـ وقيل ٧٣ هـ وله من العمر ٨٧ سنة . انظر أسد الغابة ٢٢٧/٣ - ٢٣٠ ، والإصابة في تمييز الصحابة ٣٤٧/٢ - ٣٤٩ .

(٢) بفرق : الفرق بالتحريك مكيال يسع ستة عشر رطلا وهي اثنا عشر مِدا أو ثلاثة أصع عند أهل الحجاز . النهاية لابن الأثير ٤٣٧/٣ ، وتفسير غريب الحديث لابن حجر ص ١٨٦ ، وجاء في الصحاح للجوهري ١٥٤٠/٤ « الفرق (بالإسكان) مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا ، وقد يحرك قال خدّاش بن زهير : يأخذون الأرض في إخسوتهم فرق السمن وشاة من غنم . ا . هـ .

وقال العيني : « إن ابن قرقول قال رويناه بالإسكان والفتح ، والفتح عن أكثر شيوخنا » ا . هـ من عمدة القاري ٢٥/١٢ .

(٣) استدلل بهذا الحديث ابن حزم في المحلى ٤٠٦/٩ وهو حديث صحيح رواه البخاري ، انظر فتح الباري ٤٠٩/٤ رقم الحديث ٢٢١٥ .

(٤) انظر فتح الباري لابن حجر ٤٠٩/٤ ، وإرشاد الساري للقسطلاني ١٠٠/٤ .

جواز بيع الفضولي وشرائه ، وتوقفه على الإجازة .

الاعتراض على هذا الدليل :

الأول : اعترض على هذا الحديث بأن طريق الاستدلال به يبنى على أن شرع من قبلنا شرع لنا والجمهور على خلافه^(١) .

الرد على هذا الاعتراض :

قال العيني^(٢) : يجب عن هذا الاعتراض بأن « شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينص الشارع الإنكار عليهم ، كما أن النبي ﷺ ذكر هذه القصة في معرض المدح والثناء على فاعلها وأقره على ذلك ، ولو كان لا يجوز لبينه »^(٣) .

الاعتراض الثاني : قال القسطلاني^(٤) : « أجيب عما وقع بأن الظاهر أن الرجل الأجير لم يملك الفرق لأن المستأجر لم يستأجره بفرق معين ، وإنما استأجره بفرق في الذمة ، فلما عرض عليه قبضه امتنع لرداءته فلم يدخل في ملكه بل بقي حقه متعلقا بذمة المستأجر لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ، فالتاج الذي حصل على ملك المستأجر تبرع به للأجير بتراضيهما ، وغاية ذلك أنه أحسن القضاء وزيادات كثيرة ، ولو كان الفرق تعين للأجير لكان تصرف المستأجر فيه تعديا ، ولا يتوسل إلى الله بالتعدي ، وإن كان بمصلحة في حق صاحب الحق »^(٥) .

(١) انظر المرجعين السابقين ، وعمدة القاري للعيني ٢٥/١٢ ، والكرماني على البخاري ٦٨/١٠ .
(٢) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين بن يوسف بن محمود قاضي القضاة بدر الدين العيني مؤرخ علامة من كبار المحدثين والفقهاء ، أصله من حلب ، ودخل القاهرة وولي الحسبة مرارا وقضاء الحنفية توفي سنة ٨٥٥ هـ .
له مصنفات منها : « عمدة القاري في شرح صحيح البخاري » و « مغاني الأخبار في شرح معاني الآثار » و « البناء في شرح الهداية » و « الدرر الزاهرة في شرح البحار الزاهرة » .
انظر : الجواهر المضية ١٦٥/٢ ، الفوائد البهية ص ٢٠٧ .

(٣) عمدة القاري ٢٥/١٢ . بتصرف .

(٤) القسطلاني : هو أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني الأصل المصري الشافعي ولد سنة ٨٥١ هـ بمصر وكان متقنا جيد القراءة للقرآن والحديث والخطابة وتوفي سنة ٩٢٣ هـ ، له مصنفات منها : « إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري » و « لطائف الإشارات في علم القراءات » . و « الكنز في وقف حمزة وهشام على الهمز » .
انظر : الضوء اللامع ١٠٣/٢ ، ١٠٤ ، والبدر الطالع ١٠٢/١ ، ١٠٣ .

(٥) إرشاد الساري ١٠٠/٤ .

الرد على هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : لا نسلم أنه قد استأجره بفرق في الذمة إذ لا دليل على ذلك ، وإنما ورد في الحديث عند البخاري^(١) في الرواية الأخرى « فلما قضى عمله قال : أعطني حقي فعرضت عليه فرغب عنه »^(٢) وفي هذا دلالة على حلول حقه وتعيينه ، وأما القول بأنه لم يدخل في ملكه فمردود بما رواه الإمام أحمد^(٣) وفيه « فأبى أن يأخذه وذهب وتركني فتخرجت منه وثمرته له وأصلحته »^(٤) . هـ ، ففيه إشارة إلى أنه ثمر مالا يملكه وذلك بتخرجه ، وقوله « فثمرته له » وإلا لو كان لم يدخل في ملك الأجير لما تخرج في إصلاحه لأنه متصرف في ملكه .

وأما القول : بأن الفرق لو تعين للأجير لكان تصرف المستأجر فيه تعديا ... إلخ فقد أجيب عنه بأن صاحب الحق لما ترك قبض حقه ، ووضع المستأجر يده مرة أخرى على الفرق كان وضعاً مستأنفاً على ملك الغير ، ثم إن تصرفه إصلاح لا تضييع فاعتذر ذلك ولم يعد تعدياً فلم يمنع التوصل بذلك مع أن جل قصده خلاصه من المعصية ، والعمل بالنية ، ومع هذا لو هلك الفرق لكان ضامناً له لعدم الإذن له في زراعته^(٥) .

الدليل الرابع* : عن شبيب بن غرقدة^(٦) عن عروة البارقي^(٧) قال : أعطاني النبي

(١) البخاري : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي بالولاء ، البخاري المحدث الحافظ ولد في بخارى سنة ١٩٤ هـ ، ونشأ يتيماً وتوفي في خرتك من قرى شمرقند سنة ٢٥٦ هـ .

له مؤلفات منها : « الجامع الصحيح » المعروف بصحيح البخاري و « الضعفاء » و « التاريخ الكبير » و « الأدب المفرد » وغيرها .

انظر : وفيات الأعيان ٣/٣٢٩ - ٣٣١ رقم الترجمة ٥٤١ ، تذكرة الحفاظ ٢/٥٥٥ ، ٥٥٦ رقم الترجمة ٥٧٨ .
(٢) عمدة القاري للعيني ١٢/١٧١ .

(٣) الإمام أحمد : هو الإمام الحافظ الفقيه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المروزي الأصل ولد في بغداد ، وقيل في مرو سنة ١٦٤ هـ وكان إمام المحدثين وإمام المذهب الحنبلي الذي إليه نسب ، وقد ألف كتاب المسند ، وكان يحفظ ألف ألف حديث ، وامتنح في فتنه القول بخلق القرآن ، توفي في بغداد سنة ٢٤١ هـ . وفيات الأعيان ١/٤٧ - ٤٩ رقم الترجمة ١٩ ، تذكرة الحفاظ ٢/٤٣١ ، ٤٣٢ رقم الترجمة ٤٣٨ .

(٤) مسند أحمد ٨/٢٢٦ رقم الحديث ٩٧٣ تحقيق أحمد شاكر .

(٥) انظر عمدة القاري ١٢/١٧١ .

(*) تنبيه : أوردنا هذا الحديث برواياته وطرقه المستدل بها نظراً للاعتراض الوارد على هذا الحديث من جهة السند .

(٦) شبيب بن غرقدة السلمي ويقال البارقي روى عن عروة البارقي وغيره ، قال أحمد وابن معين ثقة وذكره ابن حبان في الثقات وقال العجلي كوفي تابعي ثقة ، وقال يعقوب بن سفيان ثقة . الثقات لابن حبان ٤/٣٥٩ ، تهذيب التهذيب ٤/٣٠٩ ، وخلاصة تهذيب الكمال للخزرجي ١/٤٤٢ .

(٧) عروة البارقي : هو عروة بن الجعد ويقال ابن أبي الجعد ، ويقال عروة بن عياض بن أبي الجعد الأزدي البارقي =

ﷺ ديناراً يشتري به أضحية ، أو شاة فاشترت شاتين . فباع إحداها بدينار فدعا له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه .

كما روي الحديث من طريق سعيد بن زيد^(١) حدثنا الزبير بن الخريت^(٢) ، حدثنا أبو لبيد^(٣) عن عروة بن أبي الجعد البارق قال : عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً ، وقال أي عروة : أت الجلب فاشتر لنا شاة بهذا الدينار فأتيت الجلب فساومت فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو قال أقودها فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعث إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة وبدينار فقلت يا رسول الله هذه الشاة وهذا ديناركم ، فقال صنعت كيف ؟ فحدثته بالحديث فقال : « اللهم بارك له في صفقة يمينه » فلقد رأيتني أقف في كناسة الكوفة فأربح أربعين ألفاً قبل أن أصل إلى أهلي .

كما روى البخاري هذا الحديث من طريق شبيب بن غرقدة حدثني الحلي^(٤) عن عروة قال : أعطاني النبي ﷺ ديناراً يشتري به أضحية ... إلخ بلفظ الحديث الأول^(٥) .

= له صحبة ، سكن الكوفة ، وبارق جبل نزله سعد بن عدي بن مازن ، وقد روى عروة عن النبي ﷺ ، وعن عمر وسعد بن أبي وقاص ، وكان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها ثم سيره عثمان إلى الكوفة .
أسد الغابة ٤٠٣/٣ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٤٧٦/٢ ، تهذيب التهذيب ١٧٨/٧ .

(١) هو سعيد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي ، أبو الحسن البصري أخو حماد بن زيد قال عبد الله بن أحمد عن أبيه ليس به بأس ، وقال البخاري : قال مسلم : حدثنا سعيد بن زيد أبو الحسن صدوق ، حافظ وقال الدوري عن ابن معين ثقة توفي سنة ١٦٧ هـ .

التاريخ الكبير للبخاري ٤٧٢/٣ ، كتاب التاريخ لابن معين ١٩٩/٢ ، ميزان الاعتدال ١٣٨/٢ ، تهذيب التهذيب ٢٣/٤ .
(٢) هو الزبير بن الخريت البصري قال أحمد وابن معين وأبو حاتم والنسائي : ثقة له في مسلم حديث واحد في الجمع بين الصلاتين ، وذكره ابن حبان في الثقات .
التاريخ الكبير للبخاري ٤٢١/٣ ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٥٨١/٣ ، الثقات لابن حبان ٣٣٢/٦ ، تهذيب التهذيب ٣١٤/٣ .

(٣) أبو لبيد : لمازة بن زبار الأزدي الجهضمي أبو لبيد البصري روى عن عروة بن أبي الجعد وأبي موسى وأنس بن مالك وغيرهم ، وروى عنه الزبير بن الخريت ويعلى بن حكيم وغيرهما وذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل البصرة ، وذكره ابن حبان في الثقات .

الطبقات الكبرى لابن سعد ٢١٣/٧ ، الثقات لابن حبان ٣٤٥/٥ ، ميزان الاعتدال ٤١٩/٣ ، تهذيب التهذيب ٤٥٧/٨ .

(٤) الحلي : أي قبيلته وهم منسوبون إلى بارق جبل باليمن ، نزله بنو سعد بن عدي فنسبوا إليه . فتح الباري ٦٣٤/٦ .
(٥) حديث عروة رواه الإمام الشافعي عن شبيب بن غرقدة أنه سمع الحلي يحدثون عن عروة بن أبي الجعد .. الحديث =

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن عروة البارقي باع الشاة التي اشتراها للنبي ﷺ بدون أمره ، ولم يبطل عقده وأقره الرسول ﷺ على ذلك ، وذلك دليل على أن مثل هذا التصرف صحيح موقوف على الإقرار أو الإجازة .

الاعتراضات الواردة على هذا الدليل :

الاعتراض الأول : من جهة السند قال ابن حزم^(١) : « حديث عروة أحد طرفيه عن

= انظر بدائع المنن ١٩٦/٢ رقم الحديث ١٣٣٣ ، ورواه الإمام أحمد في مسنده ٣٧٥/٤ ، ورواه البخاري في صحيحه انظر فتح الباري ٦٣٢/٦ رقم الحديث ٣٦٤٢ ، وأبو داود في سننه ٦٧٧/٣ ، ٦٧٨ ، رقم الحديث ٣٣٨٤ ، (تحقيق الدعاس) . كما روى الحديث ابن ماجة في باب الأمين يتجر فيه فيربح ٨٠٣/٢ رقم الحديث ٢٤٠٢ من طريقين : الأول : عن شبيب بن غرقدة عن عروة البارقي .. الحديث . والثاني : عن سعيد بن زيد عن الزبير بن الخريت عن أبي ليلى عن عروة بن أبي الجعد البارقي قال قدم جلب .. الحديث . ورواه الترمذي في سننه ٢٥٧/٤ رقم الحديث ١٢٥٨ (تحقيق الدعاس) من طريق سعيد بن زيد وقال بعد أن ذكره : ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث وقالوا به وهو قول أحمد وإسحاق ولم يأخذ بعض أهل العلم بهذا الحديث منهم الشافعي . هـ ، كما روى هذا الحديث الدارقطني في سننه ١٠/٣ من طريق سعيد بن زيد ، حدثنا الزبير بن الخريت ، حدثنا أبو ليلى عن عروة بن أبي الجعد .. الحديث .

وروى الحديث البيهقي في السنن الكبرى عن شبيب بن غرقدة عن عروة البارقي ... الحديث قال المارديني : « ذكر (أي البيهقي) حديث شبيب عن عروة ثم علله بما في سننه من الإرسال وهو أن شيبيا لم يسمعه من عروة وإنما سمعه من الحي قلت قدمننا أن مثل هذا لا يسمى مراسلا عند أهل الشأن بل في سننه جهالة وقد زالت بأن أبا داود والترمذي أخرجاه من حديث سعيد بن زيد أخي حماد بن زيد عن الزبير بن الخريت عن أبي ليلى حدثني عروة فذكره ، وسعيد وإن قال البيهقي عنه ليس بالقوي فقد احتج به مسلم واستشهد به البخاري ووثقه ابن معين وغيره ، والزبير احتج به الشيخان ، وأبو ليلى ثقة روى له أصحاب السنن وذكره ابن حبان في الثقات ، وقد تابع سعيد بن زيد على رواية هذا الحديث هارون بن موسى الأعور حدثنا الزبير بين الخريت فذكره وهذا السند على شرط الشيخين فظهر بهذا أنه حديث ثابت متصل روي من وجوه » ا . هـ . من الجوهر النقي على البيهقي ١١٢/٦ .

وقال ابن العربي : « حديث عروة صحيح ففي البخاري أنه قال سمعت الحي يتحدثون فخرج من خبر الواحد إلى الاستفاضة ، وقد كان شبيب يقول حدثني رجل من الحي ثم سمعه من الحي فأسنده إليهم تارة وإليه تارة كما كان سمعه » ا . هـ من صحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي ١٧/٦ .

(١) ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي إمام مشهور ولد بقرطبة في الأندلس سنة ٣٨٤ هـ ، وكان شافعي المذهب ، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر ، وكان حافظا عالما بعلوم الحديث وفقهه ، مستنبطا للأحكام من الكتاب والسنة ، زاهدا في الدنيا بعد الرياسة التي كانت له ولأبيه في الوزارة ، وكان سليط اللسان ، لا يكاد أحد يسلم من لسانه حتى قيل فيه « لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان » توفي سنة ٤٥٦ هـ . له مصنفات منها : « المحلى » و « جمهرة الأنساب » و « الإحكام في أصول الأحكام » و « الفصل في الملل والأهواء والنحل » و « ملخص إبطال القياس » .

سعيد بن زيد وهو ضعيف ، وفيه أيضا أبو لييد ، وهو لمازة بن زبار وليس بمعروف العدالة ، والطريق الأولى معتلة وإن كان ظاهرها الصحة وهي أن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة ، وأما الثالثة وهي رواية شبيب بن غرقدة عن أهل الحى فهي منقطعة ^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

أما قول ابن حزم : إن سعيد بن زيد ضعيف فغير مسلم بل هو ثقة فقد قال البخاري عنه إنه صدوق حافظ ^(٢) ، وقال ابن معين ^(٣) ثقة ^(٤) ، وقال أبو زرعة ^(٥) سمعت سليمان ابن حرب ^(٦) يقول حدثنا سعيد بن زيد وكان ثقة ، وقد وثقه غير هؤلاء ^(٧) .

ولو سلمنا كونه ضعيفا فهو لم يتفرد به فقد روى هذا الحديث الترمذي ^(٨) من طريق أحمد بن سعيد الدارمي ^(٩) ، حدثنا حبان وهو ابن هلال أبو حبيب البصري ^(١٠)

= انظر : وفيات الأعيان ١٣/٣ - ١٧ رقم الترجمة ٤٢١ ، وتذكرة الحفاظ ١١٤٦/٣ - ١١٥٥ رقم الترجمة ١٠١٦ .
(١) المحلى لابن حزم ٤٤٧/٩ بتصرف .

(٢) التاريخ الكبير ٤٧٢/٣ .

(٣) ابن معين : يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام بن عبد الرحمن وقيل يحيى بن معين بن غياث بن زياد بن عون بن بسطام أبو زكريا المري إمام الجرح والتعديل ، قال علي بن المديني : « انتهى علم الناس إلى يحيى بن معين » توفي سنة ٢٣٢ هـ . طبقات الحنابلة ٤٠٢/١ ، تذكرة الحفاظ ٤٠٣/٢ .

(٤) تاريخ ابن معين رواية عثمان بن سعيد الدارمي ص ١١٥ رقم ٣٥١ .

(٥) أبو زرعة : عبيد الله بن عبد الكريم الرازي أبو زرعة أحد الأئمة الأعلام الحفاظ قال ابن راهويه : كل حديث لا يعرفه أبو زرعة ليس له أصل . توفي سنة ٢٦٤ هـ . الكاشف للذهبي ٢٣٠/٢ ، تهذيب التهذيب ٣٠/٧ .

(٦) سليمان بن حرب بن بجيل الأزدي أبو أيوب البصري سكن مكة وكان قاضيا ، قال عنه أبو حاتم : إنه إمام من الأئمة كان لا يدلس ، ويتكلم في الرجال وفي الفقه توفي سنة ٢٢٤ هـ . الجرح والتعديل للرازي ١٠٨/٤ ، تهذيب التهذيب ١٧٨/٤ .

(٧) انظر تهذيب التهذيب ٣٢/٤ ، والجرح والتعديل للرازي ٢١/٤ .

(٨) الترمذي : هو الإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي البوغي الترمذي ، كان عالما حافظا من أهل الورع والزهد ، توفي بترمذ سنة ٢٧٩ هـ . له كتاب « الجامع الصحيح » المعروف بصحيح الترمذي ، « كتاب العلل » انظر : وفيات الأعيان ٤٠٧/٣ رقم الترجمة ٥٨٥ ، وتذكرة الحفاظ ٦٣٢/٢ - ٦٣٥ رقم الترجمة ٦٥٨ .

(٩) أحمد بن سعيد الدارمي : أحد المذكورين بالفقه ومعرفة الحديث ، والحفظ له ، روى عنه الجماعة سوى النسائي قال الإمام أحمد : ما قدم خراسان أفقه بدنا منه ، وقال ابن حبان : كان ثقة توفي سنة ٢٥٣ هـ وقيل سنة ٢٦٥ هـ . الثقات لابن حبان ٣٣/٨ ، تهذيب التهذيب ٣١/١ ، ٣٢ .

(١٠) حبان هو ابن هلال الباهلي ، ويقال الكناني قال أحمد بن حنبل : إليه المنتهى في الثبوت في البصرة ، وقال ابن معين والترمذي ، والنسائي ثقة . وقال ابن سعد : كان ثقة ثبتا حجة توفي سنة ٢١٦ هـ . الكاشف للذهبي ٢٠٠/١ ، تهذيب التهذيب ١٧٠/٢ .

حدثنا هارون الأعور المقرئ^(١) حدثنا الزبير بن الخريت عن أبي ليلى عن عروة البارقي ... فذكر الحديث ، ورجال هذا السند كلهم ثقات .

وأما لما زار بن زبار فلا نسلم أنه ليس بعدل بل هو عدل ثقة ، فقد قال ابن سعد^(٢) : إنه ثقة^(٣) . وذكره ابن حبان^(٤) في الثقات^(٥) .

وأما قول ابن حزم إن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة فمسلم لكن الحديث روي متصلاً من رواية البخاري ، وفيها أن شبيب بن غرقدة سمع الحلي يحدثون عن عروة ، وقول ابن حزم عنها إنها منقطعة غير مسلم بل الرواية متصلة قال الحافظ ابن حجر^(٦) عن سند رواية البخاري : « التحقيق أنه إذا وقع التصريح بالسماع أنه متصل في إسناده مبهم إذ لا فرق فيما يتعلق بالاتصال والانقطاع بين رواية المجهول والمعروف ، والمبهم نظير المجهول في ذلك ومع ذلك فلا يقال في إسناده صرح كل من فيه بالسماع من شيخه أنه منقطع وإن كانوا أو بعضهم غير معروف^(٧) » .

وإذا ما اتضح أن الحديث في إسناده مبهم فإن الإبهام في مثل هذه الرواية لا يضر لأن

(١) هارون الأعور المقرئ : هو هارون بن موسى الأزدي العتكي مولاهم أبو عبد الله ويقال أبو إسحاق النحوي البصري : الأعور صاحب القراءات قال الدوري عن ابن معين : ثقة ، وقال أبو زرعة وأبو داود : ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات . التاريخ لابن معين ٦١٤/٢ ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٩٤/٩ ، تهذيب التهذيب ١٤/١١ .

(٢) ابن سعد : محمد بن سعد الحافظ العلامة مصنف الطبقات الكبير والصغير ، ومصنف التاريخ يعرف بكتاب الواقدي توفي سنة ٢٣٠ هـ عن اثنتين وستين سنة . تذكرة الحفاظ للذهبي ٤٢٥/٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٨٣ .

(٣) الطبقات الكبرى ٢١٣/٧ .

(٤) ابن حبان : هو الحافظ الإمام أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان صنف المسند الصحيح ، والتاريخ وكتاب الضعفاء . قال الحاكم : كان ابن حبان من أوعية العلم في الفقه والحديث والوعظ ، ومن عقلاء الرجال . توفي سنة ٣٥٤ هـ . تذكرة الحفاظ للذهبي ٩٢٠/٣ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٧٤ .

(٥) ٣٤٥/٥ وانظر في توثيق تهذيب التهذيب ٤٥٧/٨ .

(٦) الحافظ ابن حجر : هو شيخ الإسلام إمام الحفاظ في زمانه أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد الكفائي العسقلاني من أئمة العلم والتاريخ أصله من عسقلان بفلسطين ولد سنة ٧٧٣ هـ وتوفي سنة ٨٥٢ هـ . له مصنفات منها « فتح الباري بشرح صحيح البخاري » و « الإصابة في تمييز الصحابة » و « تهذيب التهذيب » و « تقريب التهذيب » انظر : طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٥٤٧ ، ذيل تذكرة الحفاظ ص ٣٨٠ .

(٧) فتح الباري ٦٣٤/٦ .

شبيبا رواه عن أهل الحي ، وأهل الحي في العادة يمتنع تواطؤهم على الكذب . ولذا خرجه البخاري في صحيحه .

الاعتراض الثاني :

أنه عليه الصلاة والسلام أمر عروة أن يشتري له شاة فاشترى له شاتين فصار الشراء لعروة بلا شك لأنه إنما اشترى كما أراد لا كما أمره النبي ﷺ ثم وزن دينار النبي ﷺ إما مستقرضا له ليرده وإما متعديا فصار الدينار بذمته بلا شك ، ثم باع شاة نفسه بدينار فصرفه إلى النبي ﷺ كما لزمه وأهدى إليه الشاة فهذا كله هو ظاهر الخبر^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : لا نسلم أن الشراء لعروة لأنه مخالف لظاهر الحديث لأن الرسول ﷺ أعطاه الدينار ليشتري له بدليل قوله في الحديث : « أعطاني دينارا يشتري به (أي الرسول ﷺ) أضحية » . وفي الرواية الأخرى « أت الجلب فاشتر لنا شاة »^(٢) وقد اشترى للرسول ﷺ شاتين ، وباع إحداهما وأقره الرسول ﷺ . فالقول بأن عروة اشترى لنفسه لا للرسول ﷺ بعيد كل البعد عن ظاهر الحديث .

الاعتراض الثالث :

أن حديث عروة محمول على أنه وكيل مطلق بدليل أنه سلم وتسلم ، وليس ذلك إلا للمالك ، وللوكيل المطلق باتفاق^(٣) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأنه ليس هناك دليل على أنه وكيل مطلق ، وأما

(١) المحلى لابن حزم ٤٤٨/٩ .

(٢) انظر ص ٥١ من هذا البحث .

(٣) نهاية المطلب لإمام الحرمين ورقة ٥٢ فيلم بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض تحت رقم ٢٤٦١ ، ونهاية المحتاج للرملي ٣٩٠/٣ ، والمبدع لابن مفلح ١٦/٤ .

كونه سلم وتسلم فهذا لا يدل على الوكالة المطلقة فإن الفضولي يفعل ذلك وهو ليس بوكيل ، ولذلك سمي فضوليا ، وهذا هو محل النزاع في المسألة ، والحديث لم يأت فيه ذكر للوكالة المطلقة ، وإلا فلو كان وكيلا لذكر الراوون لهذا الحديث ذلك . جاء في العناية « لا يقال عروة كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل ، إذ لا يمكن إثباته بغير نقل ، والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشتري له أضحية ، ولو كان النقل على سبيل المدح له »^(١) .

الدليل الخامس : أن النبي ﷺ دفع دينارا إلى حكيم بن حزام^(٢) ليشتري به أضحية فاشترى به شاة ثم باعها بدينارين ، ثم اشترى شاة بدينار ، وجاء بالشاة والدينار فأخبره بذلك فقال النبي ﷺ : « بارك الله لك في صفقتك ، فأما الشاة فضح بها ، وأما الدينار فتصدق به » رواه أبو داود^(٣) والترمذي^(٤) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن النبي ﷺ لم يأمر حكيم بن حزام ببيع الشاة

(١) ٣١١/٥ .

(٢) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشي الأسدي ، ولد في الكعبة ، وهو من مسلمة الفتح وكان من أشرف قريش ووجوهها في الجاهلية والإسلام ، وكان من المؤلفة قلوبهم أعطاه رسول الله ﷺ يوم حنين مائة بعير ، ثم حسن إسلامه ، وكان مولده قبل الفيل بثلاث عشرة سنة على اختلاف في ذلك وعاش مائة وعشرين سنة ؛ ستين في الجاهلية ، وستين في الإسلام ، وتوفي سنة ٥٤ وقيل سنة ٥٨ هـ . أسد الغابة ٤٠/٢ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٣٤٩/١ .

(٣) أبو داود : سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني ولد سنة ٢٠٢ هـ ، وكان إماما ثبنا حافظا سمع من علماء كثيرين في الحجاز والشام ومصر والعراق والجزيرة والثغر وخراسان ، وحدث عنه الترمذي والنسائي ، وأبو عوانة وغيرهم . توفي سنة ٢٧٥ هـ . له كتاب السنن المعروف بسنن أبي داود . وفيات الأعيان ١٣٨/٢ ، ١٣٩ رقم الترجمة ٢٥٨ ، تذكرة الحفاظ ٥٩١/٢ - ٥٩٣ رقم الترجمة ٦١٥ .

(٤) الحديث استدل به ابن الهمام في فتح القدير ٣١٠/٥ ، وقد رواه أبو داود في سننه ٦٧٩/٣ رقم الحديث ٣٣٨٦ (تحقيق الدعاس) عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار .. الحديث . ورواه الترمذي في سننه ٢٥٦/٤ رقم الحديث ١٢٥٧ عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم ابن حزام أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية .. الحديث . وقال الترمذي : « حديث حكيم لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام » ١ . هـ .

ورواه الدارقطني في سننه ٩/٣ من طريق أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام .

ورواه البيهقي وقال : إنه ضعيف من أجل هذا الشيخ . انظر السنن الكبرى ١١٣/٦ .

الأولى التى اشتراها للنبي ﷺ كما أنه لم يأمره بشراء الشاة الثانية وقد أقره الرسول ﷺ وأجاز تصرفه ، وذلك دليل على أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على الإجازة .

الاعتراضات الواردة على هذا الدليل :

الاعتراض الأول : من جهة سنده وهو أن هذا الحديث غير ثابت لأن في رواية أبي داود رجلا مجهولا لا يدري من هو ؟ . وما كان هذا سبيله لم تقم به حجة ، وأما رواية الترمذي فمنقطعة لأن حبيب بن أبي ثابت^(١) لم يسمع من حكيم بن حزام^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

قال أحد العلماء^(٣) مجيبا على هذا الاعتراض - بعد أن نقل قول صاحب تكملة فتح القدير : « إذا ثبت أن حبيبا لم يسمع من حكيم دخل في الإرسال عندنا »^(٤) . هـ أقول وعلى ذلك فيصح الاحتجاج به اتفاقا أما الأئمة الثلاثة فلاحتجاجهم بالمرسل^(٥) .

(١) حبيب بن أبي ثابت : هو حبيب بن قيس بن دينار أبو يحيى مولى لبني أسد ، تابعي ، ثقة ، روى عن ابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك ، وأبي الطفيل وغيرهم ، وروى عنه الأعمش وأبو إسحاق الشيباني وشعبة وغيرهم توفي سنة ١١٩ هـ . التاريخ الكبير للبخاري ٣١١/١ ، والكاشف للذهبي ٢٠١/١ وتهذيب التهذيب ١٧٨/٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ٤٤٧/٩ .

(٣) هو الدكتور عبد الرازق حسن فرج أحد العلماء المعاصرين .

(٤) ٢٥٥/٦ .

(٥) الحنفية يحتجون بالحديث المرسل جاء في حاشية السندي على النسائي ١١٤/١ « المرسل حجة عندنا وعند الجمهور » ، وجاء في الأحكام لابن حزم ٩٢٩/٤ « قال أبو حنيفة : الخبر المرسل والضعيف عن رسول الله ﷺ أولى من القياس ولا يحل القياس مع وجوده » .

وانظر في مذهب الحنفية في الاحتجاج بالمرسل : مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح ٣/١ ، ومناقب الإمام أبي حنيفة للذهبي ص ٢١ ، وأعلام الموقعين لابن القيم ٨١/١ .

وأما المالكية فإنهم يحتجون بالحديث المرسل جاء في التمهيد لابن عبد البر ٢/١ « أصل مذهب مالك رحمه الله والذي عليه جماعة من أصحابنا المالكيين أن مرسل الثقة تجب به الحجة ويلزم به العمل كما يجب بالمسند سواء بسواء » . وانظر عارضة الأحوذني بشرح صحيح الترمذي للإمام الحافظ ابن العربي ٢٤٦/١ .

وأما الحنابلة فإنهم يعملون بالمرسل بشرط ألا يوجد دليل أقوى منه يخالفه ، وأما الاحتجاج به عندهم في فضائل الأعمال فجائز جاء في المسودة ص ٢٧٣ « ربما أخذ (أي الإمام أحمد) بالمرسل إذا لم يجيء بخلافه » وانظر أعلام الموقعين لابن القيم ٣/١ ، والآداب الشرعية والمنح المرعية لابن مفلح ٣١٤/٢ ، ٣١٥ ، وخصائص المسند لأبي موسى المدني ص ٢٧ ، ومسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله ص ٤٣٨ .

وأما الشافعي^(١) فلتوفر شروط الاحتجاج بالمرسل عنده^(٢) فقد عضد بالحديث المسند ، وبأثر علي رضي الله عنه^(٣) ، وبالإجماع^(٤) .

الاعتراض الثاني :

أن هذا الحديث محمول على أن حكيم بن حزام كان وكيلا مطلقا بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك إلا للمالك وللوكيل المطلق باتفاق .

وقد سبقت الإجابة عن هذا الاعتراض في حديث عروة السابق^(٥) .

(١) الشافعي (الإمام الشافعي) أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد الله ابن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف القرشي المطلب بن عبد مناف في عبد مناف ، إليه ينسب الشافعية ولد سنة ١٥٠ هـ ، وقيل إنه ولد يوم موت الإمام أبي حنيفة ، ولد في غزة وقيل في عسقلان ، والأول أصح ، وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين ، وقدم إلى بغداد سنة ١٩٨ هـ ثم خرج إلى مصر ووصلها سنة ١٩٩ هـ وتوفي فيها في رجب سنة ٢٠٤ هـ ودفن في القرافة . طبقات الشافعية للسبكي ١/١٩٢ ، وفيات الأعيان ٣/٥٠٣ .

(٢) الشافعي رحمه الله يشترط للاحتجاج بالحديث المرسل شرطين :

الأول : أن يكون التابعي الذي أرسل الحديث قد التقى بعدد كبير من الصحابة .

الثاني : أن يوثق المرسل بطريق آخر من طرق التوثيق والتي منها :

أ - أن ينظر إلى ما أرسل التابعي من الحديث فإن شاركه فيه الحفاظ المأمونون ، وأسندوه إلى رسول الله ﷺ قبل ، وكان هذا دلالة على صحة المرسل .

ب - أن ينظر هل يوافقه مرسل غيره - من غير رجاله - فإن وجد ذلك كانت دلالة تسوغ القبول ، وهي أضعف من الأولى .

ج - أن ينظر إلى بعض ما يروى عن الصحابة رضي الله عنهم فإن وجد ما يوافق ما رواه عن رسول الله كان هذا دلالة على أنه لم يأخذ مرسله إلا من أصل يصح إن شاء الله وهذه الرتبة دون الثانية . انظر الرسالة للإمام الشافعي ص ٤٦٢ بتحقيق أحمد شاكر .

(٣) علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي أبو الحسن ابن عم رسول الله ﷺ ، واسم أبي طالب عبد مناف وقيل اسمه كنيته ، أول الناس إسلاما في قول كثير من أهل العلم ، وهاجر إلى المدينة ، وشهد بدرا وجميع المشاهد إلا تبوك فإن رسول الله ﷺ خلفه على أهله ، وكان أحد أهل الشورى الذين نص عليهم عمر ، ولما قتل عثمان بايعه الناس ، وقتل رضي الله عنه ليلة السابع عشر من رمضان سنة ٤٠ هـ . ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر ونصف .

أسد الغابة ٤/١٦ - ٤٠ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٢/٥٠٧ - ٥١٠ .

(٤) نظرية العقد الموقوف ص ٥٧ .

(٥) انظر ص ٥٥ وما بعدها من هذا البحث .

الدليل السادس : من القياس فقد قاسوا تصرفات الفضولي العقدية على الوصية بأكثر من الثلث ؛ لأن كلا منهما فيما لا ولاية للمتصرف عليه فتوقفا على الإجازة^(١) .

الاعتراض على هذا الدليل :

اعترض على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق فإن الوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : إن كون الوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول ليس هو المناط في توقفها على إجازة الوارث ، وإنما المناط في ذلك كون الموصي تصرف بما لا ولاية له فيه ، وهذه العلة موجودة في تصرف الفضولي فإنه لا ولاية له على المبيع أصلا ، فهو أولى بالتوقف على الإجازة .

الدليل السابع : رعاية المصلحة ، قالوا : إن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي موقوفا على إجازة الغير تتحقق به المصلحة لكل من المتعاقدين والمعقود له - قصدا أو حكما - ولا ضرر على أحد في ذلك ، ولا مانع شرعي فوجب ثبوته ، فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ونفاق سلعته وراحته منها ، والمشتري يصل إلى حاجة نفسه ، وأما الفضولي فيصان كلامه عن الإلغاء جاء في فتح القدير « الدليل على ثبوته (أي العقد الموقوف) هو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات^(٣) أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن ، وقراره ، ونفاق سلعته ، وراحته منها ، ووصوله إلى البدل المطلوب له المحبوب ، والمشتري وصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع ، وارتفاع ألم

(١) جاء في فتح القدير لابن الهمام ٣١٠/٥ « لما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتا دلالة ... وصار كالوصية .. بأكثر من الثلث » .

(٢) المجموع شرح المذهب للنووي ٢٩٢/٩ .

(٣) المراد بالعمومات قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ الآية وقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ الآية ، وقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ وغير ذلك من الآيات الدالة على صحة العقد على العموم . انظر الدليل الأول السابق ص

٤٦ ومابعدا من هذا البحث .

فقدتها إذا كان مهما له ، والعاقدة كلامه عن الإلغاء والإهدار بل وحصول الثواب له إذا نوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم ، ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتا دلالة ؛ إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا ^(١) .

الدليل الثامن : من المعقول الشرعي : أن هذا التصرف صدر من أهله في محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك ... لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ما هو حد سائر الأفعال ... وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ، ثم قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع ، وبالإجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به ، وبيان الأهلية في التصرف أن التصرف كلام ، والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز ، واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالحل إنما يكون محلا بكونه مالا متقوما ، وبانعدام الملك للعاقدة في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ، ألا ترى أنه لو باعه بإذن المالك جاز ، وما ليس بمحل فبالإذن لا يصير محلا ، ولو باعه المالك بنفسه جاز ، والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالك ^(٢) .

الاعتراض على هذا الدليل :

اعتراض على هذا الدليل فقيل إن اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه ، والمراد بالأسباب الشرعية أحكامها ، واشتراط الملك في المحل لأجل الحكم ، فالتمليك لا يتحقق إلا من المالك فإذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه ^(٣) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

قال السرخسي ^(٤) للجواب عن هذا الاعتراض طريقان :

(١) ٣١٠/٥ ، ٣١١ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٤/١٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) السرخسي : هو أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي من كبار فقهاء الحنفية كان إماما مجتهدا فقيها متكلمًا توفي سنة ٤٨٣ هـ .

له مؤلفات أشهرها : « المبسوط » و « أصول الفقه » و « شرح الجامع الكبير » للإمام محمد و « شرح السير الكبير » للإمام محمد أيضا « شرح مختصر الطحاوي » وغير ذلك .

انظر : الجواهر المضية ٢/٢٨ ، ٢٩ رقم الترجمة ٨٥ .

والفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

أحدهما : أن نقول لا نسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب ، فإنه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ، ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك نفذ عتقه ، وهذا لأنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف بهذا السبب ، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات .

الثاني : أن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا ، أما إذا ما تأخر عنه الحكم فلا ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب ، وتارة يتأخر كما في المبيع بشرط الخيار ، وهذا الحكم يتأخر إلى إجازة المالك ، ولا ينعدم أصلا ، لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك ، وفي تأخير الحكم إلى وجود الإجازة توفر المنفعة عليه فإنه إذا صار مستندا بالنظر إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء أبطله يكون فيه محض منفعة له ، فلهذا انعقد السبب في الحال على أن تجعل إجازته في الابتداء كالإذن في الانتهاء^(١) .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن تصرفات الفضولي باطلة بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾ .. الآية^(٢) .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ .. الآية^(٣) .

توجيه الاستدلال من الدليلين :

أخبر الله سبحانه أن أحكام كل نفس متعلقة بها دون غيرها فيحتاج بعموم الآيتين على امتناع جواز تصرف أحد على غيره إلا بإذنه ، فإذا ما تصرف بدون إذنه فإن تصرفه يعتبر باطلا^(٤) .

(١) المرجع السابق .

(٢) سورة البقرة آية « ٢٨٦ » .

(٣) سورة الأنعام آية « ١٦٤ » وقد ذكر الاستدلال بالآية الأولى الجصاص في أحكام القرآن ٥٣٩/١ ، وذكر الاستدلال بالآية الثانية الكيا الهراسي في أحكام القرآن ٣٥٠/٣ ، وابن العربي في أحكام القرآن ٧٦٣/٢ .

(٤) انظر في توجيه الاستدلال بهاتين الآيتين المراجع السابقة في الهامش السابق ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٦/٧ .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بالآيتين بأن يقال : إن المراد بالآيتين تحمل الثواب والعقاب دون أحكام الدنيا ، بدليل ما جاء بعد الآية الثانية وهي : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾^(١) ، ولما ورد في سبب نزول قوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ فقد روى الواحدي^(٢) بسند متصل عن أبي هريرة^(٣) قال : لما أنزل على رسول الله ﷺ ﴿ وَإِنْ تُبْذُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوهُ يَحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ ﴾ الآية اشتد ذلك على أصحاب رسول الله ﷺ ثم أتوا رسول الله ﷺ فقالوا : كلفنا من الأعمال ما نطبق الصلاة والصيام والجهاد والصدقة ، وقد أنزلت عليك هذه الآية ولا نطبقها ، فقال رسول الله ﷺ أتريدون أن تقولوا كما قال أهل الكتابين من قبلكم ؟ أراده ، قالوا : سمعنا وعصينا ، قولوا سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصير ، فلما اقترأها القوم وجرت بها ألسنتهم أنزل الله تعالى في أثرها ﴿ آمَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ ﴾ الآية كلها ، ونسخها فأنزل الله ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ .

وفي رواية أخرى قالوا يا رسول الله : والله ما نزلت آية أشد علينا من هذه الآية - ﴿ وَإِنْ تُبْذُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوهُ ﴾ الآية - وإن أحدنا ليحدث نفسه بما لا يحب أن يثبت في قلبه ، وأن له الدنيا وما فيها ، وأنا لمؤاخذون بما نحدث به أنفسنا هلكننا والله ، فقال النبي ﷺ : « هكذا أنزلت » فقالوا : كلفنا من العمل مالا نطبق . قال : « فلعنكم تقولون كما قال بنو إسرائيل ... » الحديث .

وفي سبب النزول المذكور لهذه الآية دلالة على أن المراد بها الثواب والعقاب لا أحكام

(١) سورة الأنعام آية ١٦٤ .

(٢) الواحدي : أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي النيسابوري كان واحد عصره في التفسير ، صنف التصانيف الثلاثة في التفسير : البسيط ، والوسيط ، والوجيز ، وصنف أيضا « أسباب النزول » وكتاب « المغازي » ، وكتاب نفى التحريف عن القرآن الشريف توفي بنيسابور في جمادى الآخرة سنة ٤٦٨ هـ . طبقات الشافعية للسبكي ٢٤٠/٥ ، شذرات الذهب ٣٣٠/٣ .

(٣) هو الصحابي الجليل أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني الحافظ الفقيه ، اختلف في اسمه ، والمذكور هو الأشهر ، أسلم عام خيبر ، ولازم النبي ﷺ رغبة في العلم ، وروى عنه أحاديث كثيرة وتوفي بالمدينة سنة ٥٩ هـ وعمره ٧٨ سنة .

انظر الاستيعاب ١٧٦٨/٤ - ١٧٧٢ رقم الترجمة ٣٢٠٨ ، الإصابة ٢٠٢/٤ - ٢١١ رقم الترجمة ١١٩٠ .

الدنيا من معاملات وغيرها بدليل قول الصحابة : إنَّ أحدنا ليحدث نفسه بما لا يحب أن يثبت في قلبه ، وأنا لمؤاخذون بما نحدث به أنفسنا .

وقد أجاب الإمام ابن العربي^(١) عن الآية الثانية فقال : « استدل بعض علمائنا المخالفين على أن بيع الفضولي لا يصح بقوله : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ . وعارضهم علماءنا بأن المراد بالآية محمل الثواب والعقاب دون أحكام الدنيا ، ويحتمل أن يكون المراد كسب الإلزام والالتزام ، لا كسب المعونة والاستخدام ، فقد يتعاون المسلمون ويتعاملون بحكم العادة والمروءة والمشاركة »^(٢) .

وقال الإمام الشوكاني^(٣) : « الأولى حمل الآية على ظاهرها أعني العموم وما ورد من المؤاخذة بذنب العير كالدية التي تحملها العاقلة ونحو ذلك في حكم المخصوص بهذا العموم ، ويقر في موضعه »^(٤) .

وبناء على ما ذكره الشوكاني فيمكن أن يقال : إن هذه الآية عامة ، والأدلة الدالة على جواز تصرف الفضولي موقوفا على إجازة صاحب الشأن خاصة ، فيكون تصرف الفضولي في حكم المخصوص بهذا العموم وإذن فلا تعارض بينهما .

الدليل الثالث : قوله ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك »^(٥) .

(١) ابن العربي : هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي المعروف بابن العربي ولد في إشبيلية سنة ٤٦٨ هـ ورحل إلى المشرق ، وبرع في الأدب ، وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين ، وصار قاضيا من حفاظ الحديث توفي بالقرب من فاس سنة ٥٤٣ هـ . ألف كتابا في الحديث والفقه وغيرهما منها « العواصم من القواصم » وعارضة الأحوذ في شرح الترمذي و « أحكام القرآن » . انظر : الديباج المذهب ص ٢٨١ - ٢٨٤ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٦٧ رقم الترجمة ١٠٤٨ .

(٢) أحكام القرآن ٧٦٣/٢ .

(٣) الشوكاني : محمد بن علي الشوكاني الصنعاني من كبار العلماء في التفسير والحديث والفقه ، ينتسب إلى الزيدية ، وإن كان لا يتقيد بمذهب في التأليف ، ولا يقلد إنما يقارن ويرجع ، كان مولده رحمه الله سنة ١١٧٢ هـ في بلدة هجرة شوكان ، وشوكان قرية من قرى السحامية إحدى قبائل خولان التي بينها وبين صنعاء مسافة يوم ، وتوفي رحمه الله بصنعاء سنة ١٢٥٠ هـ . له مصنفات أشهرها : « نيل الأوطار » في الحديث و « إرشاد الفحول » في الأصول و « السيل الجرار » في الفقه و « فتح القدير » في التفسير . انظر : البدر الطالع ١١٤/٢ - ٢٢٤ والتاج المكلل ص ٤٤٢ - ٤٥٨ .

(٤) فتح القدير ١٨٦/٢ .

(٥) استدل بهذا الحديث الرافعي في فتح العزيز ١٢١/٨ ، وابن رشد في بداية المجتهد ، وابن قدامة في المغني ٢٢٧/٤ ، وابن مفلح في المبدع ١٦/٤ .

توجيه الاستدلال :

المراد بقوله (ما ليس عندك) ما لا تملك لأنه ذكره جوابا له حين سألته أن يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه^(١) ، والفضولي غير المالك للمبيع فيدخل تحت النهي فيبطل بيعه .

المناقشة :

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن المراد بالبيع فيه هو البيع التام لا البيع الناقص الموقوف ، جاء في العناية « لا تبع ، نهى عن البيع المطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والكامل هو المبيع التام ، فلا اتصال لهذا الحديث بموضوع النزاع »^(٢) .

وجاء في فتح القدير في الإجابة عن هذا الحديث أن المراد به « البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ ، أو المراد به أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد ، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصورا على الحال ، وحكم ذلك السبب ، ليس هذا ، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ، ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ، وسبب ذلك النهي هو قول حكيم : يا رسول إن الرجل يأتيني فيطلب مني

= والحديث رواه الإمام أحمد في مسنده ٤٠٢/٣ ، وأبو داود في سننه ٧٦٩/٣ رقم ٣٥٠٣ (تحقيق الدعاس) عن حكيم بن حزام قال : يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق فقال : « لا تبع ما ليس عندك » .

كما رواه الترمذي في سننه ٢٢٨/٤ رقم الحديث ١٢٣٢ (تحقيق الدعاس) من حديث حكيم بن حزام باللفظ السابق ، وبلغ آخر وهو أن حكيم بن حزام قال : نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي ، قال الترمذي : حديث حسن .

ورواه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . انظر سنن النسائي ٢٨٩/٧ باب ما ليس عند البائع . كما رواه ابن ماجه في سننه ٧٣٧/٢ رقم الحديث ٢١٨٧ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) والبيهقي في السنن الكبرى ٢٦٧/٥ ، ٣١٧ ، ٣٣٩ .

ورواة الطبراني في المعجم الكبير ٢١٧/٣ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، وابن الجارود في المنتقى ص ٢٠٥ رقم الحديث ٦٠١ .

والحديث رواه الشافعي بلفظ « نهاني رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عندي » . انظر بدائع المنن ١٥٦/٢ رقم الحديث ١٢٤٨ .

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٧/٤ .

(٢) العناية للبايرقي ٣١١/٥ .

سلعة ليست عندي، فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها ، فقال ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك »^(١) .

وأما المالكية فقد أجابوا عن هذا الحديث بأنه محمول على بيع الفضولي لنفسه لا لغيره قالوا : والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده »^(٢) .

الدليل الرابع : قوله ﷺ « ليس على الرجل طلاق فيما لا يملك ، ولا عتاق فيما لا يملك ، ولا بيع فيما لا يملك »^(٣) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحديث دل على نفي بيع ما لا يملكه الإنسان ، والنفي المذكور لا يمكن أن ينصب على ذات البيع لأنه موجود بين الناس ، فتعين حمل النفي المذكور على نفي صحة البيع الذي لا يملكه الإنسان ، وفي ذلك دليل على بطلان تصرف الفضولي .

(١) ابن الهمام ٣٠٩/٥ ، وانظر البناية في شرح الهداية للعيني ١٧١/٣ وتخرجنا للحديث فيما سبق .
(٢) بداية المجتهد لابن رشد ١٧٢/٢ .
(٣) استدلل بهذا الحديث الشيخ زكريا الأنصاري في شرح روض الطالب ١٠/٢ وذكر الاستدلال به صاحب تهذيب الفروق ٢٤١/٣ .

والحديث رواه الإمام أحمد في مسنده ٤٩/١١ رقم الحديث ٦٧٦٩ (تحقيق أحمد شاكر) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا ، ورواه أبو داود في سننه ٦٤٠/٢ رقم الحديث ٢١٩٠ بلفظ « لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك » .
ورواه الطحاوي في مشكل الآثار ٢٨١/١ ، وأبو نعيم في أخبار أصبهان ٢٩٥/١ ، بلفظ : لا طلاق لما لا تملكون ولا عتق فيما لا تملكون ولا نذر فيما لا تملكون ، ولا نذر في قطعة رحم . هـ ولم يذكر البيع . كما رواه ابن الجارود في المنتقى ص ٢٤٧ رقم الحديث ٧٤٣ ولم يذكر فيه البيع .

ورواه أبو داود الطيالسي انظر منحة المعبود ٣٤٠/١ رقم الحديث ١٦٠٩ . ولم يذكر البيع .
والحديث المذكور رواه أيضا الدارقطني في سننه ١٤/٤ ، رقم الحديث ٤١ ، ٤٢ من كتاب الطلاق . والبيهقي في السنن الكبرى ٣١٨/٧ .

المناقشة :

وقد ناقش الاستدلال بهذا الحديث الحنفية والمالكية القائلون بانعقاد عقد الفضولي وتوقفه على الإجازة بما يأتي :

أما الحنفية فقالوا : لا نسلم أن النفي في الحديث منصب على الصحة وإنما المنفي هو البيع التام المستوفي لجميع شروط النفاذ ، والمعنى لا بيع نافذ وتام إلا فيما تملك ، وعلى القول بوقف بيع الفضولي (وهو الذي لا يملك) على إجازة المالك لا يكون هناك بيع تام ، بل إن البيع ناقص متوقف على الإجازة ، وهو وإن كان منعقدا في الأصل لكنه لم ينفذ ، وعليه فإن الحديث لا دلالة فيه على بطلان بيع الفضولي ^(١) .

وأما المالكية فقالوا: إن أريد لا شيء من الثلاثة (وهي طلاق الرجل وعتقه وبيعه) لازم فيما لا يملك قلنا بموجبه ، وإن أريد لا شيء منها صحيح فيما لا يملك ... إلخ حملناه على ما قبل الإجازة لأن العام في الأشخاص مطلق في الأحوال ، سلمنا عمومه لكنه معارض بأنه عليه السلام دفع لعروة البارقي دينارا ليشتري له به أضحية فاشترى به أضحيتين ثم باع إحداهما بدينار ، وجاء بدينار وأضحية ، إلى رسول الله ﷺ ، فقال بارك الله في صفقة يمينك ... الحديث ، ولأنه تعاون على البر والتقوى فيكون مشروعاً ^(٢) .

الدليل الخامس : قوله ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم ، وأعراضكم وأبشاركم حرام ... » الحديث ^(٣) .

توجيه الاستدلال :

قال ابن حزم بعد ذكر هذا الحديث : « ليس لأحد أن يحل ما حرم الله تعالى من ماله ولا من بشرته ولا من دمه إلا بالوجه الذي أباحه الله بنص القرآن أو السنة ، ومن فعل ذلك فهو مردود لقول رسول الله ﷺ : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » ^(٤) . اهـ .

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣١٠/٥ ، والبنية في شرح الهداية ١٧١/٣ .

(٢) تهذيب الفروق ٢٤١/٣ .

(٣) استدلال بهذا الحديث ابن حزم في المحلى ٤٤٤/٩ وهو حديث صحيح رواه الإمام أحمد في مسنده ٣٧/٥ ، ٣٩ ، ٤٠ ، والإمام البخاري انظر فتح الباري ٢٦/٣ رقم الحديث ٧٠٧٨ ، ومسلم في صحيحه ١٣٠٥/٣ ، ١٣٠٦ ، رقم الحديث ١٦٧٩ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) .

(٤) المحلى لابن حزم ٤٤٤/٩ ، وحديث « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » رواه الإمام أحمد في مسنده ١٤٦/٦ ، ١٨٠ ، ٢٥٦ . والبخاري في صحيحه انظر فتح الباري ٣٥٥/٤ في باب النجش ، و ٣١٧/١٣ ، =

فإذا ما تصرف الفضولي فإن تصرفه يعتبر حراماً لأن الرسول ﷺ حرم أكل أموال الناس كما لا يجوز لمن يبيع ماله أن يجيز البيع لأن عمل الفضولي مخالف لأمر الله ورسوله .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ما ذكره ابن حزم بأن يقال : نسلم ما ذكرت من أن الله حرم أكل الأموال بغير حق لكن الفضولي لم يأكل شيئاً ، ولم يتسبب في أكل شيء لأننا اعتبرنا تصرفه موقوفاً على إجازة المالك ، فإذا ما رضي المالك وأجاز أصبح التصرف شرعياً .
وأما القول بأن عمل الفضولي ليس عليه أمر الله ولا رسوله فغير مسلم ، فقد وقع هذا التصرف من أحد الصحابة رضوان الله عليهم^(١) وأقره الرسول ﷺ ودعا له بالبركة .

الدليل السادس : معقول شرعي : أنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك ، أو بإذن المالك ، وهما معدومان ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية فهو كبيع الآبق ، والطير في الهواء ، والسماك في الماء^(٢) .

المناقشة :

وقد ناقش هذا الدليل علماء الحنفية فقالوا أما قولكم : إنه لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية فمسلم لكن القدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة ، وأما قياسكم بيع ما لا يملكه الإنسان على بيع الطير في الهواء والسماك في الماء فهو قياس مع الفارق فإن السبب في عدم جواز بيع الطير في الهواء والسماك في الماء في هاتين الحالتين انعدام المحل ، فالطير والسماك في الماء ليسا بمملوكين شرعاً قبله ، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلاً للبيع ، وأما القياس على بيع الآبق فقياس مردود لأن بيع الآبق عندنا منعقد لكنه فاسد .

= كتاب الاعتصام رقم الحديث ٢٠ ، كما رواه مسلم في صحيحه ١٣٤٤/٢ رقم الحديث ١٧١٨ .
وقد روى هذا الحديث البخاري بلفظ « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » انظر فتح الباري ٣٠١/٥
رقم الحديث ٢٦٩٧ ومسلم في صحيحه ١٣٤٣/٣ رقم الحديث ١٧١٨ ، وأبو داود في سننه ١٢/٥ رقم الحديث ٤٦٠٦ (تحقيق الدعاس) ، وابن ماجه في سننه ٧/١ رقم الحديث ١٤ من المقدمة . كما روى هذا الحديث أبو داود بلفظ « من صنع أمراً غير أمرنا فهو رد » انظر سنن أبي داود ١٣/٥ (تحقيق الدعاس) .

(١) هو عروة البارقي ، رضي الله عنه .
(٢) انظر في الاستدلال بهذا الدليل العقلي فتح العزيز للرافعي ١٢١/٨ ، والمهذب للشيرازي ٢٦٩/١ ، وشرح روض الطالب لتركيب الأنصاري ١٠/٢ ، والبنية في شرح الهداية ١٧١/٣ وفتح القدير ٣١٠/٥ والمغني لابن قدامة ٢٢٧/٤ .

جاء في العناية « القدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة »^(١) ، وجاء في فتح القدير « إن عدم جواز بيع الطير في الهواء والسماك في الماء في هاتين الحالتين سببه انعدام المحل فالطير والسماك ليسا بمملوكين شرعا قبله ، وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلا للبيع ، وأما بيع الآبق عندنا فهو ينعقد فاسدا مفيدا للملك عند القبض »^(٢) .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن تصرفات الفضولي منعقدة موقوفة على الإجازة لما يأتي :

- أ - لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة .
- ب - ولأن في القول به تيسيرا على الناس في معاملاتهم وتحقيق مصالحهم الضرورية وإعانة بعضهم لبعض من دون ضرر على أحد .
- ج - أن في القول بالوقف اعتبارا بعبارة الفضولي وعدم إهدارها ، كما أن فيه مراعاة لصاحب الملك بوقفه على إذنه .
- د - أن القول بالوقف يتفق مع مبدأ الرضائية حيث لا يمكن أن ينفذ تصرف الفضولي بدون إذن صاحب الحق .

المبحث الثالث : شروط وقف عقد الفضولي عند القائلين به

فيما سبق ذكرنا أن القول بوقف عقد الفضولي هو رأي الحنفية والمالكية وأما الشافعية والحنابلة فإن الرأي المشهور عندهم هو القول بالبطلان ، بل هو المذهب عند الشافعية والحنابلة ، وأما القول بالوقف فإنه غير مشهور عندهم ، حتى إن بعض كتبهم لا تشير إليه^(٣) ، ولهذا السبب فإنهم لا يتكلمون في كتبهم عن الإجازة ، ولا عن شروط وقف

(١) العناية للبابرتي ، مطبوع بهامش فتح القدير ٣١١/٥ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٣١٠/٥ وانظر في مناقشة هذا الدليل الهداية للعيني ١٧١/٣ .

(٣) انظر من كتب الشافعية مثلا : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١٥٩/١ وشرح روض الطالب ١٠/٢ ، وفتح المعين بشرح قرة العين للمليباري ص ٧٠ .

ومن كتب الحنابلة : الإقناع للحجاوي ٦٢/٢ ، ونيل المآرب بشرح دليل الطالب ١٢١/١ ، والروض المربع شرح زاد المستقنع ٣١/٢ ، ومطالب أولي النهى ١٩/٣ .

عقد الفضولي إلا من قبيل الإيماء والإشارة بل إنهم لا يفصلون في ذلك إطلاقاً بخلاف الحنفية والمالكية ، وإن كان الحنفية أوسع من مذهب المالكية في تفصيل ذلك وتقريره لأنهم يأخذون بمبدأ فكرة الوقف في كثير من الأحكام ، وقبل أن نتكلم عن شروط وقف عقد الفضولي لابد أن نتكلم بشيء من الإيجاز عن الإجازة ، وصيغتها ، ومحلها .

أما الإجازة : فيمكن أن نعرفها بأنها تصرف شرعي في عقد موقوف توجب نفاذه ، وترتب حكمه إما مستنداً إلى وقت وجوده ، أو مقتصر على وقت إنشائها .

وأما صيغتها : فإنها تصدر تارة باللفظ الصريح بأن يقول من له حق الإجازة أجزت التصرف أو رضيت به ، أو تكون بالدلالة الضمنية على الرضا والإقرار كأن يفعل فعلاً يدل على الرضا كأن يقبض الثمن أو يهبه ، أو يتصدق به جاء في فتاوى النوازل « الإجازة تكون مرة بالدلالة ومرة بالإفصاح »^(١) .

وجاء في النهر الفائق « اعلم أن الإجازة تكون بالفعل كتسليم المبيع وأخذ الثمن ، وبالقول كطلب الثمن »^(٢) .

وقد اختلف علماء الحنفية في حكم اللفظ غير الصريح كأن يقول المالك للفضولي حين يعلم بتصرفه : أحسنت أو أصبت ، أو وُفِّقت ، أو كفيتني مؤنة البيع ، فقال بعضهم : إنها لا تكون إجازة ؛ لأنها ليست بصريحة فيها ، فإنها قد يقصد بها الاستهزاء ، ويرى محمد أن قوله أحسنت ، أو أصبت تكون إجازة استحساناً ، وذلك لأن الأصل هو الجدل ... وفصل آخرون فقالوا إن قاله جداف هو إجازة أما لو قاله استهزاء فإنه لا يكون إجازة ، ويعرف ذلك بالقرائن وإن لم توجد قرائن فينبغي أن يكون إجازة لأن الأصل هو الجدل قال قاضيخان^(٣) : « رجل باع عبداً لغيره بغير إذنه فقال المولى : أحسنت أو أصبت أو وفقت لم يكن كلامه إجازة للبيع وله أن يرد لأنه يذكر على وجه الاستهزاء ...

(١) السمرقندي ص ٢٥١ .

(٢) النهر لابن نجيم ورقة ٥١١ ، وجاء في الفتاوى الخانية ١٧٤/٢ « باع عبد رجل بغير إذنه فبلغ الولي يبعه فقال البائع : وهبت لك الثمن أو تصدقت به عليك فهو إجازة للبيع » . وجاء في جامع الفصولين ٣١٥/١ ، « دفع الثمن إجازة ، ولو باعه فضولي وأخذ المالك بثمنه خطأ من الفضولي فهو إجازة » .

(٣) قاضيخان : هو الحسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز الأوزجندى الفرغانى الإمام الكبير المعروف بقاضيخان فخر الدين فقيه حنفي مشهور له مصنفات أشهرها : الفتاوى في أربعة مجلدات ، وشرح الجامع الصغير في مجلدين توفي سنة ٥٩٢ هـ ، ودفن في مقبرة القضاة السبعة في بخارى .

انظر الجواهر المضية ٢٠٥/١ والفوائد البهية ص ٦٤ .

وكذا لو قال كفيتني مؤنة البيع ، أو أحسنت فجزاك الله خيرا لم يكن ذلك إجازة للبيع إلا أن محمدا رحمه الله قال : « قوله أحسنت ، أو أصبت يكون إجازة استحسانا »^(١) .

قال ابن قاضي سماونة^(٢) بعد أن ذكر ما قاله قاضيخان : « أقول ينبغي أن يفصل فإن قاله جدا فهو إجازة لا لو قاله استهزاء ويفرق بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغي أن يكون إجازة ، إذ الأصل هو الجد »^(٣) .

وأما محل الإجازة فهو العقد الموقوف ، ولا بد أن يتوافر في محلها شرطان :
الأول : أن يكون عقدا موقوفا أما النافذ والمفسوخ فلا يقبل الإجازة جاء في جامع الفصولين « الإجازة في العقود تلحق الموقوف لا المفسوخ »^(٤) .

الثاني : وجود عناصر العقد حال إنشائه ووقت الإجازة ، فلا بد لصحة الإجازة من وجود أربعة : البائع ، والمشتري ، والمالك ، والمبيع ، ولا يشترط وجود الثمن ، فإذا هلك أحد الأربعة لم تجز الإجازة عند الحنفية جاء في جامع الفصولين « يشترط لصحة الإجازة قيام أربعة : البائع ، والمشتري ، والمالك^(٥) والمبيع^(٦) ، ولا يشترط قيام

(١) الفتاوى الخانية ١٧٤/٢ .

(٢) ابن قاضي سماونة : هو الشيخ بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز الشهير بابن قاضي سماونة ويقال (سماوة) فقيه حنفي متصوف ، ولد في قلعة سماونة حين كان أبوه قاضيا فيها في زمن السلطان (غازي خداوندكار) من سلاطين آل عثمان أخذ العلم في صباه عن والده ، وحفظ القرآن العظيم وتعلم النحو والصرف ، وارتحل إلى مصر ، وقرأ بها ، ثم حج وقرأ بمكة على الشيخ الزيلعي ، ثم ارتحل إلى بلاد الروم ووشي به إلى السلطان أنه يريد السلطنة ، فأخذ وقتل مظلوما سنة ٨١٨ هـ وقيل سنة ٨٢٣ هـ .

له من المصنفات : « لطائف الإشارات » و « جامع الفصولين » و « عنقود الجواهر » في الصرف ، وغيرها .
انظر : كشف الظنون ٥٦٦/١ ، مفتاح السعادة ٢٨٧/٢ ، الفوائد البهية ص ١٢٧ .

(٣) جامع الفصولين ٣١٥/١ وجاء في حاشية جامع الفصولين المسماة بـ (اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية) للرملي « قال شيخ الإسلام الغزي قلت والمختار ما ذكره المصنف من التفصيل كما أفصح عنه الإمام البزاري في جامعه حيث قال زوجه امرأة فقال نعم صنعت أو بارك الله تعالى لنا فيه ، أو أحسنت فهو إجازة في المختار إلا إذا علم أنه قاله على وجه الاستهزاء » .

(٤) ٣٢٤/١ .

(٥) يشترط عند الحنفية وجود المالك ، ولو مات لا يقوم وارثه مقامه جاء في جامع الفصولين ٣١٤/١ « لو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث » .

(٦) المراد بقيام المبيع إلا يهلك ، أو لا يتغير بحيث يعد شيئا آخر ، فإن تغير كأن قطع الثوب ، وخاطه لا تلحقه الإجازة . جاء في منحة الخالق للرملي على البحر الرائق ١٦١/٦ « المراد بكون المبيع قائما ألا يكون متغيرا بحيث يعد شيئا آخر فإنه لو باع ثوب غيره بغير أمره ، وصبغه المشتري فأجاز رب الثوب البيع جاز ، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز البيع لا يجوز لأنه صار شيئا آخر » .

الثلث^(١) ، فإن هلك أحد الأربعة لم تجز الإجازة ، وتجاوز مع قيام الأربعة فالإجازة اللاحقة كوكالة سابقة^(٢) .

أما المالكية فإنهم لا يشترطون وجود المبيع ، ولا وجود المالك ، فلو هلك المبيع فللمالك إجازة البيع ، ولو مات المالك فلوارثه أن يجيز البيع جاء في المدونة « قلت : ولم أجزت له (أي للمالك) أن يجيز بيع الغاصب الجارية بعد موتها ، وإنما يقع البيع الساعة حين يجيز سيدها المبيع ، والجارية ميتة ، وبيع الموتى لا يحل ؟ . قال : ليس هذا بيع الموتى ، وإنما هذا رجل أخذ ثمن سلعته ، ولا يلتفت في هذا إلى حياتها ولا إلى موتها إذا رضي أن يأخذ الثمن الذي بيعت به وهو قول مالك^(٣) . وجاء في موضع آخر « قال ابن القاسم ولست ألتفت إلى نقصان الجارية ولا إلى زيادتها إذا أجاز البيع لأنه إنما يجيز اليوم أمرا قد كان قبل اليوم ، فإذا أجاز اليوم ، فالجارية لم تنزل للمشتري من يوم اشتراها^(٤) . وجاء في التاج والإكلیل « قال ابن يونس^(٥) : وقد حل هذا (الوارث) محل ربه في

(١) يرى بعض الحنفية أنه يشترط قيام الثمن إذا كان عرضا ، أما إذا لم يكن عرضا فلا يشترط قيامه . انظر جامع الفصولين ٣١٤/١ .

(٢) ٣١٤/١ ، وجاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي ١٠/٢ « إنما يجوز العقد الموقوف إذا كان المحل قابلا لإنشاء البيع حالة الإجازة فأما إذا لم يكن قابلا فلا ، بأن هلك المحل ، لأن بالإجازة ينفذ للحال مستندا إلى ما قبله فلا بد من المحل في الحال » ١ . هـ .

وجاء في بدائع الصنائع ١٥١/٥ « منها (أي من شروط صحة الإجازة) قيام البائع والمشتري حتى لو هلك أحدهما قبل الإجازة من المالك لا تلحقه الإجازة ، ومنها قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته ، ومنها قيام المبيع حتى لو هلك قبل إجازة المالك لا يجوز بإجازة المالك » ١ . هـ . وانظر رد المحتار لابن عابدين ١٩٣/٤ .

(٣) ١٧٩/٤ : ومالك هو أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي الحميري إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة ، عند أهل السنة ، وإليه نسبت المالكية ولد سنة ٩٣ هـ بالمدينة ، وبها توفي سنة ١٧٩ هـ وقد سمع من بعض التابعين . له مصنفات منها « الموطأ » و « تفسير غريب القرآن » و « كتاب في النجوم » و « رسالة في الوعظ » . انظر : ترتيب المدارك ١٠٢/١ - ١١١ ووفيات الأعيان ٢٨٤/٣ ، ٢٨٧ رقم الترجمة ٥٢٢ . (٤) ١٧٩/٤ ، ١٨٠ .

(٥) ابن يونس : هو محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي الإمام الحافظ النظار ، أحد العلماء ، وأئمة الترجيح الأخيار ، الفقيه القرظي الفاضل ، الملازم للجهاد ، أخذ عن أبي الحسن الحصائري وعتيق بن عبد الحميد القرظي ، وأبي بكر بن عباس من علماء صقلية وغيرهم ، وعن شيوخ القيروان ألف كتباً في الفرائض ، وكتاباً حافلاً للمدونة أضاف إليها غيرها من الأمهات والنوادر ، توفي ، رحمه الله في عشر بقين من ربيع الأول سنة ٤٥١ هـ . انظر : مواهب الجليل للحطاب ٣٥/١ ، وشجرة النور الزكية ١١١/١ .

إجازة البيع أو نقضه»^(١) .

وقد اشترط العلماء الذين قالوا بوقف عقد الفضولي شروطا لا بد من توفرها لكي يصبح عقده منعقدا موقوفا على الإجازة وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : أن يكون للتصرف مجيز عند التصرف بمعنى أن يوجد من له ولاية التصرف من مالك أو ولي أو وصي ، ولو لم يجز بعد بالفعل ، فإن لم يوجد مجيز - (أي من يملك إجازة التصرف) - فإن العقد يكون باطلا لا تلحقه الإجازة ، وذلك أنه إذا وجد المجيز يكون صدور الإذن منه متصورا بعد التصرف مباشرة ، فغلب احتمال الفائدة بالإجازة فانعقد ووقف العقد ، أما إذا لم يوجد مجيز وقت التصرف فلا ينعقد ، ويترتب على عدم انعقاده ألا تلحقه الإجازة لأن الإجازة لا تلحق غير المنعقد^(٢) .

وبهذا الشرط قال الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، وبعض الحنابلة .

أما فيما يتعلق بمذهب الحنفية فقد جاء في البدائع « الإجازة إنما تلحق تصرف الفضولي عندنا بشرائط منها : أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة ، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف ، فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيدا ، وإن لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة »^(٣) .

وبالنسبة لمذهب المالكية فإن كتبهم تشير إلى اعتبار هذا الشرط ، وقد مثلوا لذلك بتوقف بيع الصبي على إجازة الوصي ، وبيع السفينة على إجازة الولي فكذاك الفضولي لا بد من مجيز لعقده جاء في مواهب الجليل : إن المعتبر « إجازة من له إجازة في البيع كالولي يجيز بيع السفينة والوصي يجيز بيع الصبي »^(٤) .

(١) ٢٦٩/٤ (مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب) .

(٢) انظر : مقال د . محمد زكي عبد البر ، المنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ١ - ٢ سنة ١٩٥٠ م ص ٢٤ .

(٣) الكاساني ١٤٩/٥ وانظر البدائع أيضا ٣٧/٤ ، وجاء في جامع الفصولين ٣١٧/١ .

« الأصل عندنا أن العقد يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز حالة العقد » ا . هـ .

وجاء في الدر المختار للحصكفي ٧٤/٢ « وقف بيع مال الغير لو الغير بالغ عاقل فلو صغيرا أو مجنوننا لم ينعقد أصلا لأنه عقد لا مجيز له إذ هما ليسا من أهل الإجازة » .

وانظر حاشية ابن عابدين (رد المختار) ١٨٨/٤ ، وحاشية أحمد الشلبي على تبين الحقائق ١٠٣/٤ .

(٤) ٢٣٩/٤ ، ومما يدل على اعتبار هذا الشرط في مذهب المالكية أنهم حينما يتكلمون على تصرف الفضولي =

والشافعية لا يختلفون مع الحنفية والمالكية في اعتبار هذا الشرط . جاء في المجموع شرح المذهب « قال الشيخ أبو محمد الجويني^(١) وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون للعقد مجيز ، مالكا كان أو غيره ، حتى لو أعتق عبد الصبي أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل وأجاز لم ينفذ ، وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعا »^(٢) .

أما فيما يتعلق بمذهب الحنابلة - على القول بوقف تصرف الفضولي - فإن في المذهب خلافا في اشتراط وجود المجيز ، فبعضهم يشترطه ، وبعضهم لا يشترطه جاء في المبدع في شرح المقنع « وعنه يصح ويقف على إجازة المالك ... لأنه عقد له مجيز في حال وقوعه فوقف على إجازته كالوصية لأجنبي بزيادة على الثلث . واشترطت إجازة المالك دفعا للضرر اللاحق به ، قال بعضهم ولو لم يكن له مجيز في الحال »^(٣) .

ففي هذا النص إشارة إلى اعتبار وجود المجيز المفهوم من التعليل لصحة تصرف الفضولي ووقفه على الإجازة ، كما أن بعض الأصحاب لم يشترط وجود المجيز في الحال ،

= يشترطون رضا المالك ، والرضا المعتبر لا يكون إلا من يملك التصرف وهو المجيز جاء في مختصر خليل ص ١٨٩ « ووقف مرهون على رضا مرتنه ، وملك غيره على رضاه » أي على رضا المالك . وانظر مواهب الجليل ٢٦٩/٤ - ٢٧٠ ، والتاج والإكليل (مطبوع بهامشه) نفس الصفحة ، والخرشي على خليل ١٧/٣ ، ١٨ ، وحاشية العدوي عليه ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١١/٣ .

(١) الشيخ أبو محمد الجويني : عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيويه والد إمام الحرمين له معرفة تامة بالفقه والأصول والنحو والتفسير والأدب تفقه على ابن يعقوب الأبيوردي ثم رحل إلى نيسابور فلزم أبا الطيب الصعلوكي ، ثم رحل إلى مرو لقصد القفال فلزمه حتى صار بارعا في جميع العلوم ، توفي سنة ٤٣٨ هـ .

له مؤلفات منها : « الفروق » و « السلسلة » و « التبصرة » و « مختصر المختصر » و « شرح الرسالة » و « مختصر في موقف الإمام والمأموم » .

انظر : طبقات الشافعية للسبكي ٧٣/٥ ، وشذرات الذهب ٢٦١/٣ وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٤٨ .

(٢) ٢٤٨/٩ وجاء في شرح الوجيز للرافعي ١٢٣/٨ « شرط الوقف عند أبي حنيفة أن يكون للعقد تنجيز في الحال مالكا كان أو غير مالك حتى لو أعتق عبد الطفل أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل قبله وأجاز لم ينفذ ، وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز ، قال الشيخ أبو محمد ولا نخالف في ذلك أبا حنيفة إذا فرعنا على القديم » ١ . هـ .

وانظر نهاية المحتاج للرملي ٤٠٣/٣ .

(٣) ١٦/٤ ، وانظر الفروع ٣٦/٤ ، والكافي لابن قدامة ٢١/٢ .

وإتيان المؤلف^(١) بحرف « لو » يفيد وجود الخلاف^(٢) ، في اشتراط وجود المجيز على هذه الرواية في المذهب الحنبلي .

الشرط الثاني : ألا يكون صاحب الملك حاضرا أثناء العقد ، وبهذا الشرط قال المالكية والشافعية والحنفية .

وأما المالكية فيرون أن بيع الفضولي إذا كان المالك حاضرا لا يتوقف وإنما ينفذ ، ويلزم لأن سكوته وعدم معارضته عندهم تعتبر رضا بالبيع وموافقة عليه ، جاء في مواهب الجليل « إنما يكون المبيع موقوفا على رضا المالك إذا لم يكن حاضرا للمبيع ، قال ابن رشد^(٣) : إن كان حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن^(٤) » .

وأما الشافعية على القول القديم فإنهم يتفقون مع المالكية في أن عدم حضور صاحب الملك أثناء العقد شرط للقول بانعقاده وتوقفه على الإجازة لكنهم يخالفون المالكية فهم يرون أن حضور صاحب الملك يكون مبطلا للبيع ، جاء في المجموع شرح المذهب « إذا باع سلعة إنسان وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع عندنا وبه

(١) المؤلف : المراد به مؤلف « المبدع » أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج ابن عبد الله الحنبلي المقدسي الدمشقي أصل أجداده من رامين من قرى نابلس ، توفي سنة ٨٨٤ هـ . له مؤلفات منها « المبدع في شرح المقنع » مطبوع في عشر مجلدات . و « المقصد الأرشد في ترجمة أصحاب الإمام أحمد » و « مرقاة الوصول إلى علم الأصول » ١ هـ . انظر : الضوء اللامع ١٥٢/١ وشذرات الذهب ٢٢/٧ .

(٢) انظر المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران ص ٢١٣ .

(٣) ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي القرطبي زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب ، اشتهر بجودة التأليف ، ودقة الفقه بصير بالأصول والفروع والفرائض ، والتفتن في العلوم وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، ولي قضاء قرطبة سنة ٥١٠ هـ ثم استعفى منها ، وتوفي سنة ٥٢٠ هـ .

له تصانيف كثيرة منها : « البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل » و « مختصر مشكل الآثار للطحاوي » . و « المقدمات الممهدة لأوائل كتب المدونة » و « اختصار المبسوط » .

انظر : تذكرة الحفاظ ١٢٧١/٤ ، وشذرات الذهب ٦٢/٤ ، الديباج المذهب ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٤) ٢٧١/٤ وجاء في تهذيب الفروق في الكلام على القيود التي يكون فيها تصرف الفضولي موقوفا ما نصه « أحدهما : ألا يكون المالك حاضرا في بيع الفضولي فإن حضر وسكت لزمه البيع » .

انظر تهذيب : الفروق بهامش الفروق للقرافي ٢٤٠/٣ ، وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢/٣ ، والتحفة للتسولي ٦٨/٢ ، وأسهل المدارك للكشناوي ٢٧٣/٣ ، وسراج السالك للجعلي ١٢٤/٢ .

قال ابن المنذر ^(١) .

أما الحنفية فيرى بعضهم أن السكوت يكون رضا ينفذ به البيع ، جاء في « اللآلئ الدرية » « إذا اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا » ^(٢) .

ويرى بعضهم أن السكوت ليس برضا بل إن حضور المالك وسكوته يبطل المبيع ، جاء في « المبسوط » إذا باع الرجل متاعا لرجل وهو حاضر ساكت لم يجز ذلك عليه عندنا ... وحجتنا في ذلك أن سكوته محتمل قد يكون بطريق الرضا ، وقد يكون بطريق التهاون وقلة الالتفات إلى تصرف الفضولي ، وقد يكون بطريق التعجب ، لماذا يفعل هذا في ملكه بغير أمره ؟ وإلى ماذا تؤول عاقبة فعله ؟ والمحتمل لا يكون حجة ، ولو جعلنا السكوت رضا تضرر رب المال ولزمه حكم تصرف الفضولي ؛ لأن ملكه يزول ، ولو لم نجعله رضا تضرر به المشتري فرجحنا جانب المالك ؛ لأن حقه في العين أسبق ، والمشتري هو المقترحين لم يسأل ^(٣) .

وعلى كلا الرأيين في المذهب الحنفي لا يتوقف البيع فإما أن يكون نافذا ، أو يكون باطلا .

وأما الحنابلة - على رواية القول بالوقف - فالذي يظهر أنهم يعتبرون حضور المالك غير مؤثر بالنسبة لتوقف العقد ، فيظل العقد موقوفا حتى يصدر من المالك رد للبيع ، أو إجازة ، جاء في الكافي « إن باع مال غيره ، وهو حاضر فلم ينكر فهو كبيعه في غيبته فإن السكوت ليس بإذن فإنه محتمل كغير الإذن فلا يتبين كونه إذنا » ^(٤) .

(١) ٢٩٢/٩ ، وابن المنذر : هو أبو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ولد سنة ٢٤٢ هـ وكان فقيها مجتهدا ورعا حافظا ، من أصحاب الشافعي الآخذين بأصوله ، وصار شيخ الحرم بمكة ، ومفتيه زمنا توفي بمكة سنة ٣١٩ هـ . له مصنفات منها : « الإشراف على مذاهب العلم » و « تفسير القرآن » و « المبسوط » في الفقه و « الإجماع » . انظر : وفيات الأعيان ٣/٣٤٤ رقم الترجمة ٥٥٢ ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣/١٠٢ - ١٠٨ رقم الترجمة ١١٧ .

(٢) اللآلئ الدرية ١/٣١٥ .

(٣) السرخسي ٣٠/١٣٩ ، ١٤٠ (بتصرف) وانظر حاشية أحمد الشلبي على تبين الحقائق ٤/١٠٤ وجامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١/٣١٥ .

(٤) ابن قدامة ٢/٢١ .

الشرط الثالث : ألا يجد التصرف نفاذا على العاقد نفسه فإذا وجد التصرف نفاذا فإنه ينفذ ولا يتوقف وبهذا الشرط قال الحنفية .

جاء في البحر الرائق « الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري إن وجد نفاذا فيكون ملكا له »^(١) ، أما علماء المذاهب الثلاثة فلا يقولون بهذا الشرط بل يرون أن تصرف الفضولي في الأصل موقوف لكن إذا لم يجز من تصرف الفضولي لأجله بالشراء ورد التصرف ، ينظر حينئذ ، فإن كان ينفذ على الفضولي نفذ وإلا بطل ، بخلاف الحنفية الذين يرون بأن الفضولي إذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشترى له أم لا ، وإن لم يجد نفاذا يتوقف على إجازة من اشترى له^(٢) .

ففي ما يتعلق بالمذهب المالكي جاء في مواهب الجليل « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي ، وحكمه كبيعته ... إن لم يجز الشراء لزممت السلعة المشتري الفضولي »^(٣) . وبالنسبة لمذهب الشافعية جاء في المجموع شرح المذهب « لو اشترى الفضولي شيئا لغيره ... في الذمة^(٤) نظر إن أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير ... فعلى القول القديم يقف على الإجازة فإن أجاز نفذ للمجيز وإلا نفذ للمباشر ، وإن قال : اشترت لفلان بألف في ذمته فهو كاشترائه بعين مال الغير ففيه قولان : الجديد بطلانه ، والقديم وقفه على الإجازة ، وإن اقتصر على قوله اشترت لفلان ، ولم يضيف الثمن إلى ذمته ، فعلى القديم يقف على الإجازة فإن أجازته نفذ للمجيز وإلا ففيه قولان في وقوعه للمباشر »^(٥) .

(١) ابن نجيم ١٦٠/٦ وجاء في مختصر الطحاوي « وإن اشترى رجل لرجل شيئا بغير أمره كان ما اشتراه من ذلك لنفسه ، أجاز الذي اشترى له ، أو لم يجزه » .

وانظر : الفتاوى البزازية ٤٧٦/١ (مطبوع بهامش الفتاوى الهندية) ورد المختار لابن عابدين ١٨٩/٤ - ١٩٣ .

(٢) جاء في البحر الرائق ١٦٢/٦ « إذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه ، أجاز الذي اشترى له أم لا وإن لم يجد نفاذا يتوقف على إجازة المشتري له » وانظر مختصر الطحاوي ص ٨٣ ، ورد المختار لابن عابدين ١٨٨/٤ ، ١٨٩ .

(٣) الخطاب ٢٧٢/٤ وجاء في حاشية العدوي على الخرشي ١٨/٥ « مثل البيع الشراء إلا إذا خالف في شراء لزمه إن لم يرض موكله » .

(٤) أما لو اشترى شيئا لغيره بمال نفسه فإن لم يسمه في العقد ، وقع العقد للمباشر بلا خلاف سواء كان ذلك الغير أذن له أم لا ؟ وإن سماه نظر إن لم يأذن له لغت التسمية ، وهل يقع للمباشر أم يبطل ؟ . فيه وجهان وإن أذن له فهل تلغو التسمية ، وهل يقع للمباشر أم يبطل ؟ فيه الوجهان ١ . هـ . من كتاب المجموع شرح المذهب ٢٤٨/٩ .

(٥) ٢٤٨/٩ .

وبالنسبة لمذهب الحنابلة جاء في الشرح الكبير « إذا اشترى في ذمته^(١) لإنسان شيئا بغير إذنه صح ؛ لأنه متصرف في ذمته ، فإن أجازته (من اشترى له) لزمه وعليه الثمن ، وإن لم يقبله لزم من اشتراه »^(٢) .

الشرط الرابع : ألا يشترط الفضولي في البيع الخيار للمالك ، وإلا كان باطلا وبهذا الشرط قال بعض الحنفية . جاء في الفروق « لو شرط الخيار في بيع الفضولي لمن وقع البيع له بطل العقد ، فلا يتوقف لأن الخيار له بدون الشرط ، فيكون الشرط له مبطلا لأنه حينئذ يكون داخلا على البيع ، والبيع يبطل بالشرط »^(٣) .

وقال : خالف بعض الحنفية في اشتراط هذا الشرط وقالوا : إن الشرط هو الذي يلغو وحده فقط^(٤) ، وأما البيع فإنه يكون موقوفا لأنه إذا كان للمالك الخيار في أن يبيز العقد أو يبطله يكون اشتراطه لا فائدة فيه فيلغو ، وحيث لم يكن منافيا للعقد فينبغي ألا يبطله »^(٥) ١ . هـ . وهذا الشرط في نظري مناف لقواعد الحنفية ؛ لأنهم يجيزون الشروط الموافقة لمقتضى العقد وهذا منها وذلك أنه لا يؤثر في صحة العقد وجود مثل هذا الشرط لأن خيار الشرط ثابت للمالك بدون اشتراط .

وأما المذاهب الأخرى فلم أر فيها ذكرا لهذا الشرط - والذي يظهر لي - أنهم لا يقولون به .

(١) أما لو اشترى بمال نفسه سلعة لغيره ففيه طريقتان : الطريق الأول : عدم الصحة قولاً واحداً ، الطريق الثاني : إجراء الخلاف فيه كتصرف الفضولي .

انظر الإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي ٢٨٤/٤ ، والقواعد لابن رجب ص ٤٥٧ .

(٢) الشرح : لأبي الفرج بن قدامة المقدسي ٣١٤/٢ .

(٣) الفروق للمحبوبي ورقة ١٣٠ فيلم بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض تحت رقم ٥٦٦١ .

(٤) جاء في النهر الفائق ج ٢ ورقة ٥١٢ « وفي فروق الكرايس لو شرط الفضولي الخيار للمالك بطل العقد لأن الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا ، ١ . هـ . وكان ينبغي أن يكون الشرط لغوا فقط » .

قلت : وهم صاحب النهر حيث نسب ذلك للفروق للكرايس ، والصحيح أنه للمحبوبي كما أشرت إلى ذلك في الهامش السابق ، كما وهم أيضاً أخوه صاحب البحر فنسب ذلك للكرايس ١٦٢/٦ ، ونقل ذلك عنه ابن عابدين في رد المختار ١٨٨/٤ .

ولعل سبب هذا الهم أن صاحبي البحر والنهر سمعا بالفروق للكرايس ثم وجد ما للمحبوبي وليس عليه اسم مؤلفه فظننا بأنه للكرايس وكتاب الفروق للكرايس ، والفروق للمحبوبي مجموعان في مجلد واحد مخطوط ، انظر ذلك في فيلم مصور بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية تحت رقم ٥٦١ بالرياض . وكتاب الفروق للكرايس طبع مؤخراً بتحقيق د . محمد طوموم ونشرته وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

(٥) انظر رد المختار لابن عابدين ١٨٨/٤ .

الشرط الخامس : ألا يبيعه الفضولي من نفسه لأنه يعتبر بذلك بائعا ومشتريا في آن واحد ، فلا ينعقد بيعه لزوال شرط انعقاده وهو التعدد ، وبهذا الشرط قال الحنفية ، جاء في النهر الفائق « ومن باع ملك غيره يعني لغيره أما إذا باعه لنفسه لم ينعقد »^(١) .
وأما المذاهب الأخرى فلم أر لهذا الشرط ذكرا في كتبهم ؛ ذلك أنهم حينما يتكلمون على تصرف الفضولي إنما يتكلمون على تعامله مع غيره لا مع نفسه لأنه هو الأصل المعهود غالبا .

(١) النهر لعمر بن نجم ورقة ٥١١ وجاء في البدائع للكاساني ١٣٥/٥ ، ١٣٦ « فأما شرائط الانعقاد فأنواع ، بعضها يرجع إلى العاقد ... والذي يرجع إلى العاقد نوعان ... الثاني العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع من مال نفسه من ابنه الصغير مثل قيمته ، أو بما يتغابن الناس فيه عادة أو يشتري مال الصغير لنفسه » .

الفصل الثاني

عقد الصبي المميز بدون إذن وليه

المبحث الأول : التعريف بالصبي المميز

الصبي هو الصغير والجمع صبية بالكسر وصبيان ، ولفظ الصبي في اللغة يطلق على الذكر والأنثى^(١) .

والمميز هو الذي وصل إلى درجة الفهم والتمييز جاء في المصباح المنير « تميز الشيء انفصل عن غيره والفقهاء يقولون (سن التمييز) والمراد سن إذا انتهى إليها عرف منافعه ومضاره وكأنها مأخوذة من ميزت الأشياء إذا فرقها بعد المعرفة »^(٢) .

والتمييز غير مقدر بسن عند جمهور الفقهاء وذلك لأنه قد يأتي مبكرا وقد يتأخر ، وذلك يعرف بآثاره التي تبدو في تصرفات الطفل ، وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة لذلك عرف بعض الفقهاء المميز بأنه الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب ولا ينضبط بسن بل يختلف باختلاف الأفهام »^(٣) .

وعرفه آخرون بأنه : « الذي يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة »^(٤) .

(١) تهذيب اللغة للأزهري ٢٥٦/١٢ ، تاج العروس ٣٠٦/١٠ ، المصباح المنير ٣٥٦/١ ، المجموع شرح المذهب ١١/٣ ، غمز عيون البصائر للحموي ١٤١/٢ ، مغني المحتاج للشربيني ١٣١/١ ، عون المعبود في شرح سنن أبي داود ١٦١/٢ .

(٢) ٢٥٥/٢ .

(٣) المطلع على أبواب المقنع ص ٥١ ، كشاف القناع ٢٥٥/١ ، مطالب أولي النهى ٢٧٧/١ ، شرح الخرشي على خليل ٣٤٧/٤ ، مواهب الجليل للخطاب ٢٤٤/٤ وجاء في منح الجليل ٤٦٥/٢ أن الصبي هو الذي يفهم مقاصد العقلاء بالكلام ، ويحسن رد الجواب لا مجرد الإجابة بالدعوة والانصراف بالزجر لوجود هذا في البهائم ، ولا ينضبط بسن لاختلافه باختلاف ذكاء الأشخاص .

(٤) تبين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥ ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٢/٣ كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ١٨٤/٢ .

وجاء في مغني المحتاج « أن أحسن ما قيل في ضبط التمييز أن يصير الطفل بحيث يأكل ويشرب ويستنجي وحده »^(١).

وذكر بعض العلماء أن المميز هو من بلغ سن سبع سنين . جاء في المبدع في شرح المقنع « المميز هو من له سبع سنين »^(٢) . ولعل السبب في تحديد ذلك بسبع سنين ما ورد أنه عليه السلام قال : « مُرُوا الصَّبِيَّ بِالصَّلَاةِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ ، وَإِذَا بَلَغَ عَشَرَ سِنِينَ فَاضْرِبُوهُ عَلَيْهَا »^(٣) والأمر يراد منه التأديب والتعليم ليتعود على الصلاة منذ الصغر ، لكن ذلك لا يفيد أن كل طفل إذا بلغ سبع سنين أصبح مميزا ، بل هذه السن - في الغالب - التي يميز فيها الطفل ، جاء في « المنهل العذب المورود » قوله : « مُرُوا الصَّبِيَّ فِي الصَّلَاةِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ » ، أي وكان مميزا ، إذ لو كان غير مميز لم تصح صلاته ، وقيد بالسبع : لأن التمييز يحصل بعدها غالبا »^(٤).

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد الصبي المميز بدون إذن وليه

اختلف العلماء في حكم عقد الصبي المميز بدون إذن وليه ، وسنفصل آراء العلماء في ذلك في كل مذهب على حدة .

أ - المذهب الحنفي : أما الحنفية فيرون أن تصرفات الصبي المميز إذا لم يكن مأذونا له تنحصر في ثلاثة أنواع :

النوع الأول : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وهذا النوع من التصرفات عندهم نافذ بدون إذن الولي ، وذلك كأن يقبل الصبي المميز الهبة ، والوصية والصدقة إذ لا ضرر عليه من هذا التصرف .

النوع الثاني : تصرفات ضارة ضررا محضا ، وذلك كأن يهب ماله بدون عوض

(١) الشرييني ٢٥١/١ .

(٢) ٣٠٣/١ ، وانظر الإقناع للحجاوي ٧٣/١ ، ومطالب أولي النهى ٢٧٧/١ والمستصفى للغزالي ٥٤/١ .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه من طريق عبد الملك بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده ، بهذا اللفظ ، كما أخرجه أبو داود من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين ، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين ، وفرقوا بينهم في المضاجع » .

انظر سنن أبي داود ٣٣٢/١ ، ٣٣٤ رقم الحديث ٤٩٤ ، ٤٩٥ .

(٤) ١٢٠/٤ .

أو يقف عقاره الذي يملكه على شخص آخر ، أو يتصدق به ونحو ذلك ، وهذا النوع من التصرفات باطل على كل حال .

النوع الثالث : تصرفات دائرة بين النفع والضرر « أي يحتمل أن يكون تصرف الصبي المميز فيها جالبا للنفع أو للضرر وذلك مثل البيع فإنه إذا كان رابحا كان نفعاً ، وإن كان خاسراً كان ضرراً ، وكذا الإجازة والنكاح فإن كل واحد منهما إن كان بأقل من أجره المثل أو مهر المثل يكون نفعاً في حق المستأجر والمتزوج ، وإن كان بأكثر من أجر المثل ، أو مهر المثل كان ضرراً ، وما أشبه ذلك مثل الشركة ، أو الأخذ بالشفعة ، والإقرار بالغصب والاستهلاك والرهن »^(١) .

وهذا النوع من التصرفات عند الحنفية موقوف على إذن الولي فإن أذن نفذ وإن رده رد جاء في « بدائع الصنائع » أما التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضار محض ، ودائر بين الضرر والنفع ، أما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع وأما الدائر بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجازة ونحوها فينعقد موقوفاً على إجازة وليه فإن أجاز جاز وإن رد بطل »^(٢) .

ب - المذهب المالكي : والمالكية يفرقون بين التصرفات الضارة ضرراً محضاً والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر - كالحنفية - فيرون أن تصرف الصبي المميز إذا

(١) كشف الأسوار للبخاري ٢٥٧/٤ « بتصرف » .

(٢) ١٧١/٧ وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ١٩١/٥ قوله : « لا يصح تصرف صبي وعبد بدون إذن ولي وسيد لأن الصبي عديم العقل إن كان غير مميز ، وإن كان مميزاً فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز إلا إذا أذن له الولي فيصح حينئذ لترجع جانب المصلحة فيه ، ومنع العبد لحق الولي فإذا أذن له فقد زال فيتصرف بأهليته ، وقوله (ولا تصرف المجنون بحال) يعني لا يجوز تصرفه أصلاً ولو أجازته الولي ... ومن عقد منهم عقداً وهو يعقله يميزه الولي أو يفسخه أي من عقد البيع والشراء ؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي أو المولى إن رأى فيه ذلك كعقد الأجنبي وهو الفضولي فيتوقف على إجازته » ا . هـ بتصرف .

وانظر شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٨٤/٢ (مطبوع بهامش كشف الحقائق) للأفغاني ، وتكملة فتح القدير لقاضي زاده ٣١٠/٧ ، والجوهرة النيرة ٢٩٢/١ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٤٣٨/٢ والدر المنقح في شرح الملتقى نفس الصفحة مطبوع بهامش مجمع الأنهر والبحر الرائق لابن نجيم ٨٩/٨ ، والاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٤/٢ ، وجامع الرموز ٣٧٣/٢ ، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ٢٧٤/٢ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٢/٤ .

كان ضارا ضررا محضا لا ينفذ ، وإن أجازاه الولي ، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنها تكون موقوفة على إذن الولي ، فإن أجازها جازت وإن ردها ردت ، وإن لم يكن له ولي قدّم له ولي ينظر في ذلك ، فإن رأى تصرفه سدادا أمضاه وإلا رده ، ويزيد علماء المالكية على ما سبق أنه لو غفل عنه حتى ولي أمر نفسه كان النظر إليه في إجازة ذلك أو رده ، جاء في مقدمات ابن رشد « لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال والمحيض من النساء لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ، وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي إن كان ذا أب أو وصي ، فإن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج عن عوض ولا يقصد فيه إلى معروف كان موقوفا على نظر وليه فإن رآه سدادا أو غبطة أجازاه وأنفذه ، وإن رآه بخلافه رده وأبطله ، وإن لم يكن له ولي قدّم له ولي نظر بوجه النظر والاجتهاد وإن غفل عن ذلك حتى ولي أمره كان النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك أو رده » (١) . ا . ه .

ومن علماء المالكية من لا يعتبر تصرف الصبي المميز موقوفا على إجازة وليه إلا إذا توافرت فيه شروط أربعة :

الشرط الأول : أن يكون تصرف الصبي المميز على وجه السداد والمراد بهذا الشرط ألا يكون مغبونا فإن كان مغبونا فإنه يرد .

الشرط الثاني : أن يكون تصرفه لأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بد له منه فإن كان لغير ذلك - كأن يكون مراده التبذير أو الفساد فإن تصرفه يعتبر مردودا .

(١) المقدمات مخطوط بدار الكتب الوطنية بتونس ورقة ١٩٩ رقم المخطوط ١٢١٠٠ .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٣٦ « أما الصغير فهو غير البالغ فلا يجوز له التصرف في ماله ، فإن تصرف بعوض كالبيع والشراء فذلك إلى نظر وليه إن شاء رد وإن شاء أجاز ولا كلام في ذلك لمن عامله ، وإن تصرف بغير عوض كالهبة والعتق فهو مردود » .

وجاء في شرح الخرشي على خليل ٢٦٢/٥ « المميز إذا تصرف بغير إذن وليه فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد ، وأما تصرفه بغير معاوضة كهبة وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده » ا . ه . وانظر حاشية العدوي على الخرشي نفس الصفحة .

وجاء في سراج المسالك للنجلي ١٢١/٢ « الصبي المميز يصح عقده ويتوقف لزومه على إجازة وليه فإن أجازاه مضى وإن رده رد » ا . ه .

وانظر مواهب الجليل للحطاب ٦٠/٥ ، ٦١ ، وبداية المجتهد لابن رشد ٣٠٨/٢ .

الشرط الثالث : أن تكون السلعة التي باعها هي أحق السلع بالبيع من بقية ماله ، فإن كانت السلعة التي باعها يحتاج إليها ، وعنده أشياء يستغني عنها فإن بيعه يعتبر مردودا .

الشرط الرابع : أن تستوي المصلحة في الإجازة والرد ، فإن كانت المصلحة ظاهرة في الرد ؛ فإن البيع يعتبر مردودا ، ولو لم يعرض تصرفه على الولي جاء في حاشية الدسوقي^(١) على الشرح الكبير « المميز إذا تصرف في ماله بمعاوضة مالية بغير إذن وليه ، وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بد له منه واستوت المصلحة في إجازتها وردها فإنه يثبت لوليه إذا اطلع عليها الخيار بين إجازتها وردها ... قال في البيان^(٢) : إذا باع اليتيم بدون إذن وصيه ، أو صغير بدون إذن أبيه شيئا من عقاره أو أصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بد له منها ، وكان لا شيء له غير الذي باع أو كان له غيره ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله . اختلف فيه على ثلاثة أقوال ... الثاني يرد المبيع أن رأى الولي إن الرد هو الأوجه والمصلحة »^(٣) .

ومن علماء المالكية من يرى أن البيع يمضي ولا يرد ولكن بالشروط السابقة^(٤) ، بينما يرى بعضهم أن البيع يرد على كل حال سواء رأى الولي أن المصلحة في تنفيذه أو رده ، ولا يتبع الصبي في شيء من الثمن لأن المتعامل معه قد سلطه على ماله فأتلفه، وهذا القول لابن القاسم وهو أضعف الأقوال^(٥) .

(١) الدسوقي : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ولد بدسوق بمصر وتولى التدريس بالأزهر وتوفي في القاهرة سنة ١٢٣٠ هـ .

له مصنفات منها « حاشية على مغني اللبيب » و « كتاب الحدود الفقهية » و « حاشية على الشرح الكبير » .

انظر : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص ٢٦١ - ٣٦٢ رقم الترجمة ١٤٤٥ ، والأعلام ١٧/٦ .

(٢) المراد به كتاب « البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل » لابن رشد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ . وقد سبقت ترجمته في ص ٧٤ من هذا البحث .

(٣) ٢٩٤/٣ ، وانظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣٨٤/٣ .

(٤) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٤/٣ « الثالث أن البيع يمضي ولا يرد فإن كان قد باع بأقل من الثمن أو باع ما غيره أحق بالبيع منه فلا يختلف في أن البيع يرد ولا يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه فيما لا بد له منه » ١ هـ . وانظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣٨٤/٣ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٤/٣ .

ج - المذهب الشافعي : وأما الشافعية فيرون عدم صحة تصرف الصبي المميز مطلقا أي سواء باع بإذن الولي أو بغيره ، وسواء باع بغبن أو بغبطة وسواء كان مميزا أو غيره ، وسواء باع بإذن الولي أو بغيره ، وسواء كان يبيعه لأجل الاختبار^(١) ومعرفة قدرته على البيع والشراء أم لا ، وحكى إمام الحرمين وبعض الخراسانيين صحة بيع الاختبار ، والمذهب البطلان ، جاء في المجموع شرح المذهب « الصبي لا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقود لا لنفسه ولا لغيره سواء باع بغبن أو بغبطة ، وسواء كان مميزا أو غيره ، وسواء باع بإذن الولي أو بغيره وسواء بيع الاختبار وغيره ... ولا خلاف في شيء مما ذكرته عندنا إلا في بيع الاختبار فإن فيه وجهها شاذ ضعيفا حكاه إمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين والمذهب بطلانه »^(٢).

د - المذهب الحنبلي : أما الحنابلة فلهم في تصرفات الصبي المميز بدون إذن وليه ثلاثة أقوال :

القول الأول : عدم صحة تصرفات الصبي المميز ، وعدم اعتبارها إلى أن يبلغ وهذا القول رواية في المذهب الحنبلي^(٣).

القول الثاني : أن تصرفات الصبي المميز صحيحة موقوفة النفاذ على إجازة الولي وهذا القول رواية في المذهب الحنبلي .

القول الثالث : أن تصرفات الصبي المميز نافذة مطلقا وهذا القول رواية في المذهب

(١) بيع الاختبار : هو البيع الذي يمتحن به الولي الصبي ليستبين به رشده عند مناهزة الاحتلام .

انظر المجموع شرح المذهب ١٤٢/٩ ، وفتح العزيز للرافعي ١٠٦/٨ .

(٢) النووي ١٤٢/٩ ، وجاء في فتح العزيز للرافعي ١٠٦/٨ « لا ينعقد البيع بعارة الصبي والمجنون لا لنفسهما ولا لغيرهما سواء كان مميزا أو غير مميز وسواء باشر بإذن الولي ودون إذنه ، ولا فرق بين بيع الاختبار وغيره على ظاهر المذهب » .

وجاء في روضة الطالبين للنووي ٣٤٢/٣ « لا ينعقد بعارة الصبي والمجنون لا لنفسهما ولا لغيرهما سواء كان الصبي مميزا أو غير مميز باشر بإذن الولي أو بغير إذنه وسواء بيع الاختبار وغيره » .

وانظر نهاية المحتاج للرملي ٣٧٣/٣ ، ومغني المحتاج للشريني ١٦٩/٢ ، ١٧٠ ، وتحفة المحتاج مع حواشها ١٦٩/٥ ، ١٧٠ ، وشرح روض الطالب لتركيا الأنصاري ٢٠٧/٢ ، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج ٤٣٨/٢ .

(٣) يستثنى من القول بعدم صحة تصرف الصبي المميز تصرفه بالأشياء الحقةرة والتافهة فإنه يصح عند الحنابلة جاء في المحرر ٣٤٧/١ ، ولا يصح تصرفهما (أي الصبي المميز والسفيه) بدون إذنه إلا في المحقرات « ١ . هـ . وانظر المبذع لابن مفلح ٨/٤ .

الحنبلي ذكرها الفخر إسماعيل البغدادي^(١) .

وأكثر كتب الحنابلة لا تشير إلا إلى الرواية الأولى والثانية لأنهما مشهورتان ، أما الرواية الثالثة فإنها لا تذكر غالباً^(٢) وفيما يتعلق بالروايات الثلاث جاء في « الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف » قوله : (الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد) الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب اشتراط التكليف والرشد في صحة البيع من حيث الجملة ، وعنه يصح تصرف المميز ويقف على إجازة وليه ، وعنه يصح مطلقاً ذكرها الفخر إسماعيل البغدادي ، وقال في الانتصار وعيون المسائل^(٣) : « ذكر أبو بكر^(٤) صحة بيعه ونكاحه »^(٥) .

هـ - المذهب الظاهري : يرى الظاهرية أن تصرفات الصبي المميز لا تعتبر صحيحة حتى يبلغ إلا إذا أغفله أهل محله ، وكان تصرفه فيما لا بد له منه بضمنه كأن يكون محتاجاً

(١) إسماعيل البغدادي : هو إسماعيل بن علي بن حسين البغدادي الأزجي المأموني الفقيه ، الأصولي ، المناظر ، المتكلم ، أبو محمد ويلقب بفخر الدين ، ويعرف بابن الوفاء وبابن الماشطة واشتهر تعريفه بغلام ابن المني ولد في صفر سنة ٥٤٩ هـ ، وسمع الحديث والفقه من شيخه أبي الفتح ابن المني ، له تصانيف في الخلاف والجدل توفي سنة ٦١٠ هـ .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ٦٦/٢ - ٨٦ .

(٢) جاء في المغني لابن قدامة ٢٧٢/٤ « إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي وهو قول أبي حنيفة » وجاء في الفروع لابن مفلح ٥/٤ « وفي طريقة بعض أصحابنا في صحة تصرف مميز ونفوذه بلا إذن ولي ... روايتان » .

وانظر الكافي لابن قدامة ١٩٥/٢ ، والشرح الكبير لأبي الفرج بن قدامة المقدسي ٥٥٨/٢ .

(٣) كتاب « الانتصار » و « عيون المسائل » كلاهما للقاضي أبي يعلى شيخ المذهب الحنبلي .

انظر طبقات الحنابلة ٢٠٥/٢ ، والمنهج لأحمد ١١/٢ - ١١٢ .

(٤) أبو بكر : عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف ، عرف بغلام الخلال ، وهو فقيه حنبلي فاضل موصوف بالأمانة ، مذكور بالعبادة توفي سنة ٣٧٣ هـ ، وعمره ٧٨ سنة . له مصنفات منها : « الشافي المقنع » و « تفسير القرآن » و « زاد المسافر » و « التنبيه » انظر طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١١٩/٢ - ١٢٧ رقم الترجمة ٦١١ ، ومناقب الإمام أحمد ص ٦٢٢ - ٦٢٣ .

(٥) ٢٦٧/٤ وجاء في المبدع لابن مفلح ٨/٤ « ولا يصح بغير إذنه إلا في الشيء اليسير لأن الحكمة في الحجر عليهما خوف ضياع مالهما بتصرفهما وذلك مفقود في اليسير ... وعنه صحة تصرف مميز ويقف على إجازة وليه ، نقل حنبل « إن تزوج الصغير فبلغ أباه فأجاز جاز ... وعنه لا يقف ذكرها الفخر » ١ هـ . وانظر الهداية لأبي الخطاب ١٣٢/٢ ، والمذهب لأحمد لابن الجوزي ص ٥٠ ، والإقناع للحجاوي ٢٢١/٢ وغاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ١٢٩/٢ ، وكشاف القناع ٤٥٧/٣ ، وشرح منتهى الإرادات ١٤١/٢ ، ١٤٢ .

اطعام يأكله أو ثوب يلبسه ونحو ذلك . جاء في المحلى « ولا يحل بيع من لم يبلغ إلا فيما لا بد له منه ضرورة كطعام لأكله ، وثوب يطرد به عن نفسه البرد والحر ، وما جرى هذا المجرى إذا أغفله أهل محله وضيعوه ... فإذا ضيعه أهل محله فاشترى ما ذكرنا بحقه فقد وافق الواجب وعلى أهله محله إمضاءه فلا يحل لأحد رد الحق ، وتكون مبيعته حينئذ إن كان جائز الأمر هو الذي عقد ذلك العقد عليه ، فهو عقد صحيح ، فإن كان أيضا غير جائز الأمر فهو كما ذكرنا عمل وافق الحق الواجب فلا يجوز رده »^(١) .

ويتلخص مما ذكرناه فيما تقدم أن للعلماء في عقد الصبي المميز بدون إذن وليه ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن عقده غير صحيح وهو قول الشافعية ، وبعض المالكية ورواية عند الحنابلة وهو قول الظاهرية .

القول الثاني : أن عقده نافذ مطلقا وهذا القول رواية غير مشهورة في المذهب الحنبلي ذكرها الفخر إسماعيل البغدادي ، وبه قال بعض المالكية إلا أنهم اشترطوا للقول به شروطا سبق ذكرها^(٢) .

القول الثالث : أن عقده صحيح موقوف على إذن الولي ، فإذا أذن نفذ وإن رد بطل وبه قال الحنفية وبعض الحنابلة ، وهو المشهور من مذهب المالكية^(٣) .

الأدلة : أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن عقد الصبي المميز بدون إذن وليه باطل بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَابْتُلُوا آلَ يَتِيمَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ الآية^(٤) .

(١) ابن حزم ٦٣٥/٩ ، ٦٣٦ .

(٢) انظر ص ٨٢ وما بعدها من هذا البحث .

(٣) بعض المالكية اشترط لصحة العقد ووقفه على إذن الولي أربعة شروط وقد سبقت الإشارة إليها ص ٨٢ .

(٤) سورة النساء آية ٦ وقد ورد الاستدلال بهذه الآية في كتاب الأم للشافعي ١٩١/٣ .

توجيه الاستدلال :

قال الشافعي رحمه الله تعالى موجهها الاستدلال بهذه الآية « دلت هذه الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين : البلوغ والرشد ... وإذا أمر بدفع أموالهم إليهم إذا جمعوا أمرين كان في ذلك دلالة على أنهم إذا كان فيهم أحد الأمرين دون الآخر لم تدفع إليهم أموالهم ، وإذا لم تدفع إليهم ، فذلك الحجر عليهم كما كانوا لو أونس منهم رشد قبل البلوغ »^(١) .

والمميز لم يتوفر فيه ما ذكر من الأمرين فدل ذلك على عدم صحة عقده في ماله .

المناقشة :

قال الزيلعي^(٢) مناقشا استدلال الشافعي بهذه الآية « إن في الآية دفع أموالهم إليهم عند البلوغ ، وعند إيناس الرشد منهم ، وذلك لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة لما ذكر أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه ، على أننا لا نسلم أنه (أي الصبي المميز) سفيه بل رشيد لأن كلامنا في من علم رشده فلا يتناوله النهي »^(٣) .

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ فَلْيَكْتُِبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخْسُ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ... ﴾ الآية^(٤) .

توجيه الاستدلال :

قال الشافعي رحمه الله : « إنما خاطب الله عز وجل بفرائضه البالغين من الرجال

(١) الأم للشافعي ١٩١/٣ - ١٩٤ « بتصرف » .

(٢) الزيلعي : أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي بن محجن الحنفي عالم مشهور بمعرفة الفقه والنحو والفرائض قدم القاهرة سنة ٧٠٥ هـ ودرس وأفتى وقرر وانتقد ونشر الفقه على مذهب أبي حنيفة وانتفع به الناس توفي سنة ٧٤٣ هـ .

له تصانيف منها « تبين الحقائق شرح كنز الدقائق » و « بركة الكلام على أحاديث الأحكام » .
انظر : مفتاح السعادة ١٤٣/٢ ، الفوائد البهية ص ١١٥ ، معجم المطبوعات ٩٨٨ ، الأعلام ٢١٠/٤ .

(٣) تبين الحقائق ٢٢٠/٥ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٨٢ وقد استدلل بهذه الآية الشافعي في الأم ١٩٤/٣ .

والنساء وجعل الإقرار له ، حيث أمر الله تعالى الذي عليه الحق أن يمل هو ، وجعل إملأه إقرارا منه بالحق ، وهذا يدل على جواز الإقرار على من أقربه ، ولا يؤمر بالإقرار إلا البالغ ، وذلك أن إقرار غير البالغ صحته وإنكاره سواء عند أهل العلم فيما حفظت عنهم ^(١) ١ . ه .

والصبي المميز غير بالغ فإذا لم تعتبر عبارته في الإقرار لم تعتبر في العقود فدل ذلك على بطلان عقده .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذه الآية بأن يقال : إنه لم يرد ذكر للصبي المميز في الآية ، ولا نسلم أن الصبي المميز سفيه ولا ضعيف ، وخطاب الله تعالى للبالغين لا يدل على بطلان عقد الصبي المميز .

ولو سلمنا بأن الصبي المميز ضعيف لم يمنع ذلك من صحة عقده ووقفه على إذن وليه لأن الضعف الموجود عند الصبي يدفع برأي الولي ، كما أن قياس عقد الصبي المميز على إقراره قياس مع الفارق . ذلك أن إقرار الصبي المميز من التصرفات الضارة ضررا محضا بخلاف عقده فإنه من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا ﴾ .. الآية ^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

أن الله سبحانه وتعالى نهى عن دفع الأموال إلى السفهاء ، والصبي المميز والمعتوه سفهان ، والنهي عن دفع الأموال إليهما يفيد الحجر عليهما ومنعهما من التصرف ، فإذا ما عقدا بطل عقدهما ^(٣) .

المناقشة :

ناقش الزيلعي هذا الاستدلال فقال : إن المنهي عنه في الآية هو أن ندفع أموالنا إليهم ،

(١) من كتاب الأم للشافعي ١٩٤/٣ (بتصرف) .

(٢) سورة النساء آية ٥ وقد ذكر الاستدلال بهذه الآية الزيلعي في تبين الحقائق ٣١٩/٥ .

(٣) انظر تبين الحقائق ٣١٩/٥ .

وكلامنا وقع في أموالهم^(١) ، وعليه فإن الآية لا تدل على ما استدل بها عليه .

الجواب عن المناقشة :

وأجيب بأن المراد بقوله تعالى : ﴿ أَمْوَالُكُمْ ﴾ هي أموال السفهاء ، ولكن أضيفت إلى المخاطبين لأنها بأيديهم ، وهم الناظرون فيها فنسب إليهم اتساعا كقوله تعالى : ﴿ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾^(٢) أي لا يقتل بعضكم بعضا فيقتل القاتل فيكون قد قتل نفسه^(٣) .

وعليه فإن مناقشة الزيلعي غير واردة على الاستدلال ، لكن يمكن أن نناقش الاستدلال بهذه الآية بقولنا لا نسلم أن الصبي المميز من جملة السفهاء وعليه فإن الآية لا تدل على عدم إعطائه المال ، كما أن إعطاءه المال لا يخرج عنه كونه محجورا عليه إذ أننا لم نقل بنفاذ عقده مطلقا وإنما أوقفناه على إذن الولي .

الدليل الرابع : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المعتوه حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ »^(٤) .

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

(٣) انظر أحكام القرآن لابن العربي ٣١٩/١ .

(٤) استدل بهذا الحديث الشيرازي في المذهب ٢٦٤/١ ، وهو مروي من طريق حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة ، رضي الله عنها ، مرفوعا .

انظر مسند أحمد ١٠٠/٦ ، ١٠١ ، ١٤٤ . وسنن أبي داود ٥٥٨/٤ رقم الحديث ٤٣٩٨ ، وابن الجارود في المنتقى ص ٥٨ رقم ١٤٨ والدارمي في سننه ١٧١/٢ ، وابن ماجة في سننه ٦٥٨/١ رقم الحديث ٢٠٤١ ، ورجال حديث عائشة المذكور رواه كلهم ثقات إلا أن حمادا المذكور في السند قد تكلم فيه ، وهو حماد بن أبي سليمان الأشعري ، ولكن الكلام فيه لا يسقط حديثه عن الاحتجاج به . قال ابن معين : ثقة انظر تاريخ ابن معين ١٣٢/٢ وجاء في تهذيب التهذيب ١٦/٣ ما نصه « قال معمر ما رأيت أفقه من هؤلاء : الزهري وحماد وقتادة ، وقال بقية قلت لشعبة : حماد بن أبي سليمان ، قال : كان صدوق اللسان ، وقال ابن معين : ثقة ، وقال العجلي : كوفي ثقة ، وكان أفقه أصحاب إبراهيم ، وقال النسائي : ثقة إلا أنه مرجىء ، وقال ابن عدي : حماد كثير الرواية خاصة عن إبراهيم ويقع في حديثه أفراد وغرائب وهو متمسك في الحديث لا بأس به » ١ . هـ ، وانظر ميزان الاعتدال ٥٩٦/١ ، والكاشف للذهبي ٢٥٢/١ .

كما أخرج هذا الحديث أبو داود في سننه ٥٦٠/٤ رقم الحديث ٤٤٠٣ (تحقيق الدعاس) من طريق أبي الضحى عن علي ، رضي الله عنه ، مرفوعا ... الحديث ، وقال أبو داود : رواه ابن جريج عن القاسم بن يزيد عن علي ، رضي الله عنه . والحديث منقطع من كلا الطريقين لأن أبا الضحى ، والقاسم بن يزيد لم يدركا علي بن أبي طالب . انظر : في ترجمة أبي الضحى تهذيب التهذيب ١٣٢/١٠ ، وفي ترجمة القاسم بن يزيد ٣٤٢/٨ . وأخرج هذا الحديث الإمام أحمد عن الحسن البصري عن علي مرفوعا ، انظر مسند أحمد ١١٦/١ ، ١١٨ ، ١٤٠ ، والترمذي =

توجيه الاستدلال :

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن رفع القلم عن الصبي يقتضي عدم تكليفه ، وأن أفعاله وأقواله غير معتبرة ، وإذا لم تعتبر أقواله وأفعاله صار تصرفه باطلاً^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن القول بأن مقتضى الحديث يدل على عدم تكليفه ، وأن أفعاله وأقواله غير معتبرة ، غير مسلم لأن الذي ارتفع عن الصبي هو قلم المؤاخذه وأما قلم الثواب فلا ، لقوله ﷺ ، للمرأة لما سأله ألهذا حج ؟ قال نعم^(٢) ولقوله ﷺ : مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين .. الحديث^(٣) ، ولو كان رفع القلم كما ذكرتم يقتضي سقوط أقواله وأفعاله لما صح إسلامه ولا حجه ولا صلاته وهذه الأشياء صحيحة من الصبي كما هو معلوم .

الدليل الخامس : من القياس وهو قياس تصرف الصبي المميز على تصرف الصبي غير المميز والمجنون بجامع أن كلا منهما غير مكلف فلا ينعقد بيعه وشراؤه كما لا ينعقد بيعهما ولا شراؤهما^(٤) .

المناقشة :

ونوقش هذا الدليل بأن قياس تصرف الصبي المميز على تصرف غير المميز^(٥) قياس

= في سننه ١١٠/٥ رقم الحديث ١٤٢٣ (تحقيق الدعاس) وقال الترمذي : « حديث علي حديث حسن غريب لا نعرف للحسن سماعاً من علي بن أبي طالب ... والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم » ا . هـ ، قال الشيخ أحمد شاكر في تحقيق المسند للإمام أحمد ٩٤٠/٢ : « نرى أن المعاصرة كافية في هذا والحديث إسناده صحيح » . وقد حكم بصحة هذا الحديث جماعة من العلماء منهم الإمام النووي رحمه الله ، انظر المجموع شرح المذهب ٦/٣ (الطباعة النيرية) والشيخ ناصر الدين الألباني في إرواء الغليل ٤/٢ .

(١) انظر المجموع شرح المذهب للنووي ١٤٢/٩ .
(٢) لفظ الحديث « أن امرأة رفعت صبياً فقالت : يا رسول الله : ألهذا حج ؟ قال : نعم ، ولك أجر » . أخرجه مالك في الموطأ ٤٢٢/١ رقم الحديث ٢٢٤ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، والشافعي ، انظر بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ٢٨٩/١ رقم الحديث ٧٥٣ ، وأحمد في مسنده ٢١٩/١ ، ٢٤٤ ، ٢٨٨ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ومسلم في صحيحه ٩٧٤/٢ رقم الحديث ١٣٣٦ . وابن الجارود في المنتقى ص ١٤٧ رقم الحديث ٤١١ والبيهقي في السنن الكبرى ١٥٥/٥ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣٣٢/١ ، ٣٣٤ رقم الحديث ٤٩٤ ، ٤٩٥ تحقيق الدعاس .

(٤) استدل بهذا الدليل الرافعي في فتح العزيز شرح الوجيز ١٠٦/٨ .

(٥) ورد في المناقشة قياس الصبي المميز على غير المميز ، ولم يذكر المجنون وذلك لأنه إذا ثبت أن الصبي المميز لا يمكن قياسه على غير المميز ، فلأن لا يقاس على المجنون من باب أولى فإذا سقط قياسه على غير المميز سقط قياسه على المجنون كذلك .

مع الفارق ؛ وذلك لأن غير المميز لا تحصل المصلحة بتصرفه لجهله بخلاف المميز فإن تصرفه في الغالب يكون مبنيا على المصلحة ، ولذلك صحت تصرفاته ووقفت على إذن الولي خوفا من الضرر المحتمل في تصرفه^(١) .

الدليل السادس : عقلي : وهو أن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يكون به تصرف الصبي المميز صالحا لخفائه وتزايدده تزايدا خفي التدرج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ ، فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة^(٢) .

المناقشة :

وقد ناقش ابن قدامة^(٣) ذلك فقال : « قولهم : إن العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه كذا ههنا »^(٤) .

دليل القول الثاني :

أما ما ذكره الفخر إسماعيل البغدادي من الحنابلة وبعض المالكية^(٥) من أن تصرفات الصبي المميز نافذة بدون إذن وليه ، فلم أجد له دليلا .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن عقد الصبي المميز صحيح موقوف على إذن الولي بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى : ﴿ وَابْتُلُوا الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ الآية^(٦) .

(١) انظر المغني لابن قدامة ٢٧٢/٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ٢٧٢/٤ (بتصرف) .

(٣) ابن قدامة : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله المقدسي ثم الدمشقي الصالح الفقيه الزاهد الإمام شيخ الإسلام موفق الدين أبو محمد توفي سنة ٦١٥ هـ . له مؤلفات كثيرة منها « المغني » و « الكافي » و « المقنع » و « مختصر الهداية » و « العمدة » في الفقه . و « الاستبصار في نسب الأنصار » و « التبيين في نسب القرشيين » .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة ١٣٣/٢ ، ١٤٩ ، والنجوم الزاهرة ٣٥٦/٦ .

(٤) المغني ٢٧٢/٤ .

(٥) القائلون من المالكية بنفذ تصرفات الصبي المميز بدون إذن وليه اشترطوا شروطا سبق ذكرها ص ٨١ ، ٨٢ .

(٦) سورة النساء آية ٦ وقد استدلل بهذه الآية الجصاص في أحكام القرآن ٦١/٢ والزيلعي في تبين الحقائق ٢١٩/٥ .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله أمرنا بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل اليتيم وهو الصغير رشيد أم لا ؟ وذلك بأن يؤذن له في التجارة ، وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف ، وأن تصرفه جائز لأن اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه ، الصلاة والسلام : « لا يُتَمَّ بعد الاحتلام »^(١) .

الاعتراض على الاستدلال بهذه الآية :

اعترض على الاستدلال بهذه الآية فقيل : إن الابتلاء المذكور في الآية المراد به اختبار عقل الصبي بالكلام ، والدين ، دون التصرف في التجارة لقوله تعالى بعد ذلك ﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ وإنما أريد دفع المال إليهم بعد البلوغ وإيناس الرشد ، ولو جاز الإذن له في التجارة في صغره لجاز دفع المال إليه في حال صغره ، والله تعالى إنما أمر بدفع المال إليه بعد البلوغ وإيناس الرشد^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عما سبق بأننا لا نسلم بأن المراد بالابتلاء هو اختبار دينه وعقله بالكلام ؛ وذلك لأن الدين لا يشترط في دفع المال على رأي أكثر الفقهاء ، لأنه لو كان رجلا فاسقا ضابطا لأمواره عالما بالتصرف ووجوه التجارة لم يجز أن يمنع ماله لأجل فسقه ، ولو كان رجلا ذا دين وصلاح إلا أنه غير ضابط لماله يغبن في تصرفه كان ممنوعا من ماله عند القائلين بالحجر لقلة الضبط وضعف العقل ، فعلم مما سبق أن اعتبار الدين لا معنى له . ولو كان الإذن بالابتلاء لا يقتضي اختباره بالإذن له في التصرف بالشراء والبيع ،

(١) انظر تبين الحقائق للزيلعي ٢١٩/٥ ، وأما الحديث « لا يتم بعد الاحتلام » فقد رواه أبو داود في سننه ٢٩٣/٣ رقم الحديث ٢٨٧٣ ، تحقيق الدعاس ولفظه : قال علي بن أبي طالب حفظت عن رسول الله ﷺ : « لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم إلى الليل » .

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ٦١/٢ ، ٦٢ .

وإنما هو اختبار عقله بالكلام من غير معرفة حالته بالنسبة للضبط أو علمه بالتصرف لما كان للابتلاء وجه قبل البلوغ فلما أمر بذلك قبل البلوغ علمنا أن المراد اختبار أمره بالتصرف ، وعليه : فإن الاختبار عام فيما يحتمله اللفظ ، ولا يجوز الاقتصار به على وجه دون وجه ، وقصر اختباره على اختبار دينه وعقله بالكلام تخصيص لعموم اللفظ بغير دلالة^(١) .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

قال الزيلعي بعد ذكر هذه الآية : « هذا أمر بدفع أموالهم إليهم فلولاً أن تصرفه (أي الصبي المميز) معتبر شرعاً لما أمر بدفعه إليه ؛ لأن الدفع إليهم تمكين لهم من التصرف فيه^(٣) . ا . هـ .

ولما كان تصرف الصبي المميز في المعاوضات متردداً بين النفع والضرر وقف على إذن وليه .

الدليل الثالث : عقلي : وهو أن الصبي أهل لمباشرة التصرفات بوجود أصل العقل ، وإذا صار أهلاً للحكم كان أهلاً لسببه لا محالة ؛ لأن الأسباب إنما يعتبر لأحكامها لا لذواتها وامتناع الصحة كان لمعنى الضرر ، فإذا اندفع الضرر برأي الولي لتحقق المنفعة بتصرفه يكون للصبي فيه عبارة صحيحة^(٤) .

الدليل الرابع : عقلي أيضاً وهو أن في القول بصحة مباشرة الصبي برأي الولي إصابة مثل ما يصاب بمباشرة الولي من النفع مع فضل نفع البيان ، لأن في تصحيح عبارته نوع نفع لا يحصل له ذلك النفع بمباشرة الولي^(٥) .

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص ٦١/٢ ، ٦٢ ، ٦٣ .

(٢) سورة النساء آية ٢ وقد استدلل بهذه الآية الزيلعي في تبين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٣) تبين الحقائق ٢١٩/٥ .

(٤) انظر كشف الأسرار للبخاري ٢٥٧/٤ .

(٥) المرجع السابق .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الثالث وهو القول بصحة عقد الصبي المميز وتوقفه على إذن الولي لأمر .

الأول : قوة أدلة القائلين بصحة عقده وتوقفه على إذن الولي وسلامتها من المناقشة .

الثاني : أن في القول بصحة عقد الصبي المميز نفعا ظاهرا ؛ وذلك لأن تصحيح عقده يساعده على ممارسة البيع والشراء وأخذ الخبرة الكافية في ذلك .

الثالث : أن في هذا القول حماية للصبي المميز من عواقب التصرف المضر وذلك بوقف عقده على إذن الولي ، فإذا أذن الولي نفذ ذلك العقد ، والولي لا ينبغي له أن يأذن إلا فيما فيه مصلحة للصبي المميز .

الفصل الثالث

عقد السفية

المبحث الأول : التعريف بالسفية

السفية عند أهل اللغة : هو الخفيف والرقيق والرديء ، يقال ثوب سفية إذا كان رديء النسيج خفيفه ، أو كان باليا رقيقا ، وتسففت الريح الغصون أمالتها أو مالت بها ، أو استخفتها فحركتها قال ذو الرمة^(١) :

جرين كما اهتزت رماح تسففت أعاليتها من الرياح النواسم^(٢)

والسفه محرّكة وسفاه كسحاب خفة الحلم ، أو نقيضه ، وقيل الجهل وهو قريب بعضه من بعض ، وقد سفه حلمه ورأيه ونفسه سفها ، وسفاها ، وسفاهة حملة على السفه ويقال سفه فلان رأيه إذا جهله وكان مضطربا لا استقامة له^(٣) .

السفية عند الفقهاء :

السفية عند الفقهاء : هو الشخص الذي لا يحسن تدبير ماله ، أو ينفقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة والشرع ، فالسفيه من عادته التبذير والإسراف في النفقة ،

(١) ذو الرمة : هو غيلان بن عقبة بن بهيش كنيته أبو الحارث سمته ذا الرمة ، مية الخرقاء - التي أحبها فيما بعد - لحبل خلق كان يشد به دلوه ، ولم يذكر مع فحول الشعراء لبكائه في الدمن ، ووصفه للأبعاد والعطن ، على حد قول الفرزدق له ، عاش عمره في العشق ، وأكثر أشعاره في مية بنت مقاتل بن سنان الملقبة بالخرقاء لكونها لا تحسن عملا وقد امتاز شعره بكونه أحسن شعراء عصره تشبيها . توفي وعمره أربعون سنة .

انظر : الشعر والشعراء لابن قتيبة ٤٣٧/٢ ، وطبقات فحول الشعراء لابن سلام الجمحي ص ٤٦٥ ، ٤٧٥ .
(٢) يصف الشاعر نساء فيقول : إذا مشين اهتززن في مشيهن وتثنين فكأنهن رماح نصبت فمرت عليها الرياح فاهتزرت وتثنت ، والنواسم الخفيفة المبوب .

(٣) المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده ١٥٨/٤ ، القاموس المحيط ٢٨٥/٤ ، تاج العروس ٣٩/٩ ، والتكملة والذيل والصلة ، للصغاني ٣٤٤/٦ ، والمصباح المنير ٤٩٩/١ . مادة « سفه » .

وأن يتصرف تصرفاً لا لغرض ، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً مثل دفع المال إلى المغني واللّعب ، وشراء الحمام الطيارة بثمرن غال ، والغبن الفاحش في التجارات من غير محمّدة^(١) .

جاء في القوانين الفقهية « السفية هو المبذر لماله إما لإنفاقه باتّباع شهواته وإما لقلّة معرفته بمصالحه ، وإن كان صالحاً في دينه »^(٢) .

وجاء في النظم المستعذب في شرح غريب المذهب « قوله (السفية) السفه التبذير »^(٣) قال الأردبيلي^(٤) : « التبذير تضييع المال بالإلقاء في البحر أو النار ، واحتمال الغبن الفاحش ، والإنفاق في المحرمات »^(٥) ، وجاء في المغني : ما يفيد أن السفية هو الذي يعجز عن التصرف في ماله فيما يعود عليه بالمصلحة^(٦) .

ولما كان البحث في عقد السفية بعد الحجر عليه ، لا يتأتى إلّا على رأي جمهور العلماء الذين يرون مشروعية الحجر على السفية ، لذا فإنه لا بد من توضيح آراء العلماء في حكم الحجر على السفية وهو ما سنتكلّم عليه في المبحث الثاني .

(١) تبين الحقائق للزيلعي ١٩٢/٥ ، وانظر الفتاوى الهندية ٢١٥/٥ والكافي لابن قدامة ١٩٥/٢ .

(٢) ابن جزّي ص ٣٣٧ وجاء في الكافي لابن عبد البر ٨٣٣/٢ « السفية : المبذر ماله في المعاصي والإسراف » ا . هـ بتصرف .

وجاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٨٥/٣ « السفية : المهلهل الرأي في المال ، الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء منها » ، وانظر سراج السالك للجعلّي ١٢٣/٢ ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٨١/٣ ، والمقدمات الزكية ص ٣١٣ .

(٣) ابن بطال ٣٣٨/١ ، ٣٣٩ .

(٤) الأردبيلي : هو يوسف بن إبراهيم الأردبيلي الشافعي ، فقيه محدث من أهل أردبيل ، توفي في حدود سنة ٧٧٩ هـ .

له مصنفات منها « الأنوار لأعمال الأبرار » و « شرح المصابيح للبعثي » انظر : شذرات الذهب ٢٦٤/٦ وكشف الظنون ١٩٥ .

(٥) الأنوار لأعمال الأبرار ٤٤١/١ ، وانظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٦/٢ ، ومغني المحتاج ١٦٨/٢ .

(٦) ابن قدامة ٥٠٦/٤ .

المبحث الثاني : حكم الحجر على السفیه

السفيه قبل أن يبلغ يعتبر محجورا عليه بلا خلاف عند العلماء^(١) وأما بعد البلوغ ففي الحجر عليه خلاف عندهم وسنوضح آراءهم في ذلك :

أ - مذهب الحنفية : يرى علماء الحنفية أن السفیه لا يخلو من حالتين :

إما أن يبلغ سفيها ، وإما أن يصير سفيها بعد بلوغه راشدا ، فأما من بلغ سفيها فلا خلاف في الحجر عليه عند الحنفية ، وهذا الحجر يستمر أبدا عند الصاحبين^(٢) ، إلى أن يؤنس منه الرشد ، وأما عند الإمام أبي حنيفة فيستمر الحجر عليه إلى أن يبلغ خمسا وعشرين سنة ، وبعد هذه السن يدفع لمن بلغ سفيها ماله سواء أونس منه الرشد أو لم يؤنس .

وأما من صار سفيها بعد بلوغه راشدا فإن الإمام أبا حنيفة لا يرى الحجر عليه مطلقا ، ويرى الصاحبان جواز الحجر عليه في كل عقد أو تصرف يحتمل النقص والفسخ كالبيع والإيجارات والتبرعات جاء في بدائع الصنائع « السفیه عند أبي حنيفة - عليه الرحمة - ليس بمحجور عن التصرفات أصلا ، وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء ، لا يختلفان إلا في وجه واحد ، وهو أن الصبي إذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيدا يدفع إليه ماله ، فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيها ، ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع إليه المال عنده ، وأما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء ، فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته ، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقص والفسخ »^(٣) .

(١) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٠/٢ « اتفقوا (أي العلماء) على أن الصغار لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وإن كانوا قد اختلفوا في سن الرشد ما هو ؟ »

(٢) المراد بالصاحبين في مذهب الحنفية أبو يوسف ومحمد ، انظر الفوائد البية للكنوي ص ٢٤٨ .

(٣) ١٧١/٧ - وجاء في مجمع الأنهر ٤٣٨/٢ ، ٤٣٩ « لا يحجر على عاقل بالغ عن التصرف بسبب سفه . عند الإمام - وإن كان مبذرا ، ومن بلغ غير رشيد وهو لا ينفق ماله فيما يحل ولا يمسك عما يحرم ويتصرف فيه بالتبذير والإسراف لا يسلم إليه ماله بالإجماع ؛ لبقاء أثر الصبا ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فإذا بلغها دفع إليه ماله عند الإمام ، وإن لم يؤنس رشده ، لأن هذا السن لا ينفك عنه الرشد إلا نادرا ، والحكم في الشرع للغلبة ، وعندهما يحجر على السفیه ولا يدفع إليه ماله ما لم يؤنس رشده » ا . ه . بتصرف .

ب - المذاهب الثلاثة (المالكية والشافعية والحنابلة) :

يرى أصحاب المذاهب الثلاثة مشروعية الحجر على السفية ففيما يتعلق بمذهب المالكية ، جاء في المدونة « رأيت إن احتلم الغلام أو حاضت الجارية ولم يؤنس منهما الرشد ، قال مالك : لو خضب بالحناء ولم يؤنس منه الرشد لم يدفع إليه ماله ولم يجز له في ماله بيع ولا شراء ولا صدقة ولا عتق ، حتى يؤنس منه الرشد ، وما وهب أو تصدق أو أعطى قبل أن يؤنس منه الرشد ثم أونس منه الرشد دفع إليه ماله ، قال مالك : لا يلزمه ذلك العتق ولا تلك الصدقة ولا تلك الهبة بقضاء »^(١) .

وفيما يتعلق بمذهب الشافعية جاء في مختصر المزني^(٢) « قال الشافعي : إذا كان واجبا أن يحجر على من قارب البلوغ وقد عقل نظرا له وإبقاء لماله ، فكان بعد البلوغ أشد تضييعا لماله وأكثر إتلافا له ، فلم لا يجب الحجر عليه ؟ ! والمعنى الذي أمر بالحجر به فيه قائم ... ومتى أطلق عنه الحجر ثم عاد إلى حال الحجر حجر عليه »^(٣) .

= وانظر المبسوط للسرخسي ١٥٧/٢٤ ، ومختصر الطحاوي ص ٩٧ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٩٢/٥ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٥٨/٢ ، والفتاوى الخانية ٦٣٧/٣ . والفتاوى الهندية ٢١٥/٥ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٩٠/٨ ، ٩١ .

(١) ١١٤/٤/٤ وجاء في الكافي لابن عبد البر ٨٢٣/٢ « يجب الحجر على السفية المتلف لما له صغيرا كان أو كبيرا شيخا كان أو شابا » .

وانظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٣٧ ، وبداية المجتهد لابن رشد ٢٧٩/٢ ، والشرح الصغير للدردير ٣٨٢/٣ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٤/٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ٦٢/٥ ، والبهجة في شرح التحفة للتسولي ٢٩٤/٢ ، وحلي المعاصم للتاودي ٢٩٤/٢ ، والخرشي على خليل ٢٦٤/٥ ، وسراج السالك للجعلي ١٣٢/٢ ، وأسهل المدارك للكشناوي ٧/٣ ، ومنح الجليل ١٦٥/٣ .

(٢) المزني : أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق المزني نسبته إلى مزينة بنت كعب ومزينة قبيلة مشهورة ، وهو صاحب الإمام الشافعي ، أصله من مصر ويعتبر إمام الشافعيين في عصره ، وأعرفهم بطرقه وفتاويه . أشهر مصنفاته في المذهب : الجامع الكبير والجامع الصغير ، والمنثور والمسائل المعتمدة ، والمختصر توفي بمصر سنة ٢٦٤ هـ .

انظر : طبقات الشافعية للسبكي ٩٣/٢ ، ووفيات الأعيان ١٩٦/١ .

(٣) المختصر بهامش الأم للشافعي ٢٢٣/٢ ، وجاء في المهذب للشيرازي ٣٣٨/١ ، ٣٣٩ « إن بلغ مبذرا استدیم الحجر عليه لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا ... وإن فك عنه الحجر ثم صار مبذرا حجر عليه » .

وانظر : فتح العزيز للرافعي ٢٧٥/١٠ ، وشرح روض الطالب لذكرى الأنصاري ٢٠٩/٢ والأنوار لأعمال الأبرار ٤٤١/١ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٨ ، ونهاية المحتاج للرمل ٣٥٤/٤ ، وفتح الجواد للهيتمي ، ومغني المحتاج للشربيني ١٦٥/٢ ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٧٧/١ .

وفيما يتعلق بمذهب الحنابلة جاء في « المبدع » المحجور عليه لحظه هو الصبي والمجنون والسفيه إذ الحجر على هؤلاء حجر عام لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم ، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن ؛ لأن تصحيح تصرفهم يقضي إلى ضياع مالهم وفيه ضرر عليهم ^(١) .

ج - رأي النخعي ^(٢) ، ومجاهد ^(٣) ، ومحمد بن سيرين ^(٤) ، وعبيد الله بن الحسن ^(٥) ، وابن حزم وغيرهم .

ذهب النخعي ومجاهد ، ومحمد بن سيرين ، وعبيد الله بن الحسن وابن حزم إلى أن السفیه لا يحجر عليه إذا بلغ بأي حال من الأحوال جاء في المحلى « لا يجوز (أي الحجر) على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه ، فهذان خاصة لا ينفذ لهما أمر في مالهما فإذا بلغ الصغير وأفاق المجنون جاز أمرهما في مالهما كغيرهما ولا فرق ، وسواء في ذلك الحر والعبد ، والذكر والأنثى ... وفعل كل من ذكرنا في أموالهم من

(١) ٣٣٠/٤ . وانظر : الهداية لأبي الخطاب ١٣٢/١ ، والمغني لابن قدامة ٥١٨/٤ ، والكافي لابن قدامة ١٨٨/٢ ، والشرح الكبير لأبي الفرج بن قدامة المقدسي ٥٥٨/٢ ، والفروع لابن مفلح ٣١٨/٤ ، والمحرم في الفقه لأبي البركات ٣٤٦/١ ، والإنصاف للمرداوي ٢٢٧/٤ والإقناع للحجاوي المقدسي ٢٠٧/٢ ، والتوضيح في الجمع بين المقتنع والتنقيح ص ١٨٩ ، وغاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ١٢٩/٢ ، ومطالب أولى النهى ٤٠٠/٣ وهداية الراغب لشرح عمدة الطالب ص ٣٥٧ ، ومنار السبيل لابن ضويان ٣٧٧/١ .

(٢) النخعي : أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس الأسود النخعي الكوفي الفقيه أحد أئمة التابعين المجتهدين ، عرف بالصلاح والصدق والرواية والحفظ كانت ولادته سنة ٤٦ هـ وقيل سنة ٣٧ هـ وتوفي سنة ٩٦ هـ .

انظر : وفيات الأعيان ٦/١ ، وتذكرة الحفاظ للذهبي ٧٣/١ ، ٧٤ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ٢٩/١ ، ٣٠ .
(٣) مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي مولى السائب بن أبي السائب المقرئ الإمام المفسر ، عرض القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة ، توفي سنة اثنتين أو ثلاث ومائة وهو ساجد ومولده سنة إحدى وعشرين .

انظر تهذيب التهذيب ٤٢/١٠ ، وخلاصة تهذيب الكمال ١٠/٣ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٥ .
(٤) هو أبو بكر محمد بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء ، الفقيه المحدث ثقة ولد بالبصرة سنة ٣٣ هـ وتفقّه وروى الحديث ، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا وتوفي بالبصرة سنة ١١٠ هـ .

انظر وفيات الأعيان ٣٢١/٣ ، ٣٢٢ رقم الترجمة ٥٣٧ ، وتذكرة الحفاظ ٧٧/١ ، ٧٨ رقم الترجمة ٧٤ .
(٥) عبيد الله بن الحسن التميمي العنبري قاضي البصرة حجة فقيه ثقة ولد سنة ١٠٥ هـ وقيل سنة ١٠٦ هـ وولي القضاء سنة ١٥٧ هـ وتوفي سنة ١٦٨ هـ انظر تهذيب التهذيب ٧/٧ ، ٨ ، وخلاصة تهذيب الكمال ١٩٠/٢ .

عتق أو هبة أو بيع أو غير ذلك نافذ ... وعن إبراهيم النخعي أنه قال : لا يحجر على حر ، وعن محمد بن سيرين أنه كان لا يرى الحجر على الحر شيئا وهو قول جماعة من الصحابة ، رضي الله عنهم ، وقول مجاهد وعبيد الله بن الحسن وغيرهم ^(١) .

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بمشروعية الحجر على السفهية بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ... ﴾ الآية ^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

نصت الآية على إثبات الحجر على السفهية بطريق النظر له إذ أن الولي هو الذي يباشر التصرفات في ماله ، والسفهية يعم من سفهه بعد البلوغ وقبله ^(٣) .

الاعتراضات على هذا الاستدلال :

الاعتراض الأول : أن المراد بالسفهاء النساء خاصة ، ودليل ذلك ما روي عن أنس بن مالك ^(٤) ، أنه قال : « جاءت امرأة سوداء جرية المنطق ذات ملح إلى رسول

(١) ١٧٠/٩ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، وجاء في مصنف عبد الرزاق ٢٦٧/٨ قال : « أخبرنا معمر عن رجل عن إبراهيم النخعي أنه قال : بيع المحجور واتباعه جائز » . وجاء في مصنف ابن أبي شيبة ٢٩١/٦ « حدثنا أبو بكر قال : حدثنا عبد الله بن إدريس عن شعبة عن مغيرة عن إبراهيم قال : لا يحجر على حر » . وجاء أيضا ٢٩٠/٦ « حدثنا هشيم عن ابن عون عن ابن سيرين أنه كان لا يرى في الحجر شيئا » . وجاء في بداية المجتهد ٢٧٩/٢ « وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول إبراهيم وابن سيرين » .

وجاء في المغني لابن قدامة ١٨/٤ « وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي ؛ لأنه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد » .

(٢) سورة النساء آية (٥) ، وقد ورد الاستدلال بهذه الآية في كتاب المبسوط للسرخسي ١٥٧/٢٤ ، وكتاب تبين الحقائق للزيلعي ١٩٢/٥ .

(٣) انظر في توجيه الاستدلال المرجعين السابقين .

(٤) أنس بن مالك الأنصاري الخزرجي أبو حمزة خادم رسول الله ﷺ وأحد المكثرين من الرواية عنه ، قدم النبي ﷺ المدينة وهو ابن عشر سنين ، اختلف في وفاته والأشهر أنه توفي سنة ٩٣ هـ وله من العمر ١٠٣ سنين . الاستيعاب لابن عبد البر ١٠٩/١ - ١١١ ، وتهذيب التهذيب ٣٧٦/١ - ٣٧٩ .

الله ﷺ ، فقالت : بأبي أنت وأمي يا رسول الله ، قل فينا خيرًا مرة واحدة ، فإنه بلغني أنك تقول فينا كل شر ، قال : أي شيء قلت فيكن ؟ قالت : سميتنا السفهاء فقال : الله تعالى سماكن السفهاء في كتابه ، قالت : وسميتنا النواقص ، فقال : كفى نقصانا أن تدعن من كل شهر خمسة أيام لا تصلين فيها ، ثم قال : أما يكفي إحداكن إذا حملت كان لها أجر الم رابط في سبيل الله تعالى « ... الحديث (١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

القول بأن المراد بالسفهاء النساء خاصة غير صحيح ، والحديث المذكور عن أنس ابن مالك لم أجد له أصلاً في كتب السنة ، والذي يظهر لي أن هذا الحديث مما دسّه الشيعة على المسلمين ، وقد ذكر هذا الحديث الطبرسي (٢) من الشيعة في تفسيره (مجمع البيان) (٣) ولم يذكر له سنداً ، ولم يعزه إلى كتاب من كتب السنة (٤) ، وعبارة الحديث توحى بوضعه لأن في الحديث قول الجارية لرسول الله ﷺ : « بلغني أنك تقول فينا كل شر » وحاشا رسول الله ، فلم يقل في النساء شراً ، كما أن هذا الأسلوب لا يشعر بالأدب المعهود في محادثة الصحابة لرسول الله ، ﷺ .

وأما ما ورد في الحديث من كون النساء ناقصات عقل ودين فهذا ثابت في السنة (٥) ، ولكن ذلك لا يقتضي كونهن سفهاء قال ابن حزم : « لم يأت قرآن ولا سنة

(١) ذكر هذا الحديث الألويسي في تفسيره (روح المعاني) ٢٠٢/٣ وتامه « وإذا وضعت كانت كالمتشحط بدمه في سبيل الله تعالى ، فإذا أرضعت كان لها بكل جرعة كعتق رقبة من ولد إسماعيل ، فإذا سهرت كان لها بكل سهرة تسهرها كعتق رقبة من ولد إسماعيل ، وذلك للمؤمنات الخاشعات الصابرات اللاتي لا يكفرن العشير ، فقالت السوداء : ياله من فضل لولا ما يتبعه من شرط » ١ . ه .

(٢) الطبرسي : هو أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي مؤلف كتاب « مجمع البيان في تفسير القرآن » توفي سنة ٥٤٨ هـ وقيل سنة ٥٥٢ هـ انظر تكملة الرجال لعبد النبي الكاظمي ٢٦٢/٢ .

(٣) ٢٠/٤ .

(٤) لعل الألويسي نقل هذا الحديث عن تفسير الطبرسي المذكور .

(٥) من ذلك ما رواه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال : « يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار » ، فقالت امرأة منهن جزلة : ومالنا يا رسول الله أكثر أهل النار ؟ قال : « تُكفرن اللعن ، وتكفرن العشير ، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدي لب منكن » ، قالت يا رسول الله : وما نقصان العقل والدين ؟ قال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل ، وتمكث الليالي ما تصلي ، وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين » صحيح مسلم ٨٦/١ رقم الحديث ١٣٢ ، وانظر سنن أبي داود ٥٩/٥ رقم الحديث ٤٦٧٩ (تحقيق الدعاس) .

بأنهن (أي النساء) سفهاء »^(١) .

وقد رد الإمام الطبري^(٢) هذا القول من جهة اللغة فقال : « أما قول من قال : عني بالسفهاء النساء خاصة ، فإنه جعل اللغة على غير وجهها وذلك أن العرب لا تكاد تجمع (فعلا) على (فعلاء) إلا في جمع الذكور ، أو الذكور والإناث ، وأما إذا أرادوا جمع الإناث خاصة لا ذكران معه جمعوه على (فعائل) و (فعيلات) مثل (غريبة) تجمع (غرائب) و (غريبات) فأما (الغرباء) فجمع (غريب) »^(٣) .

الاعتراض الثاني :

إن المراد بالسفيه هو الصغير والمجنون لأن السفه عبارة عن الخفة وذلك بانعدام العقل ونقصانه فلا تشمل الكبير^(٤) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : إن القول بأن السفه هو الصغير والمجنون - خاصة - غير مسلم ، وذلك لأن السفه صفة توجد في الكبير كما توجد في الصغير ، والله سبحانه وتعالى لم يخص سفيها دون سفيه ، وتخصيص السفه بالصغير في هذه الآية تخصيص بدون دليل .

وأما المجنون فإنه عديم العقل بخلاف السفه ، فإنه صاحب عقل ولكنه ناقص .

(١) المحلى ١٨٨/٩ .

(٢) الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري ولد سنة ٢٢٤ هـ ، وكان إماما في فنون كثيرة منها التفسير ، والحديث ، والفقه ، والتاريخ ، وغير ذلك ، وكان مجتهدا لم يقلد أحدا ، وكان ثقة في نقله ، عرض عليه القضاء فامتنع ، والمظالم فأبى ، وكان أسمر ، أعين نخيف الجسم فصيحاً . توفي سنة ٣١٠ هـ . له مصنفات منها « أخبار الرسل والملوك » يعرف بتاريخ الطبري . و « جامع البيان في تفسير القرآن » و « اختلاف الفقهاء » .

انظر : وفيات الأعيان ٣/٣٣٢ رقم الترجمة ٥٤٢ ، وتذكرة الحفاظ ٢/٧١٠ ، ٧١٦ .

(٣) تفسير الطبري ٧/٥٦٦ (تحقيق أحمد ومحمود شاكر) .

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٤/١٦١ وقال ابن حزم : « السفه الذي ذكر في الآية هو الذي لا عقل له لجنونه » ١ . هـ المحلى ١٨٦/٩ .

الاعتراض الثالث :

أن الله سبحانه وتعالى قال : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ وذلك يتناول أموال المخاطبين بهذا النهي لا أموال السفهاء^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن المراد بقوله (أموالكم) هي أموال السفهاء ، ولكن أضيفت إلى المخاطبين لأنها بأيديهم وهم الناظرون فيها^(٢) .

الاعتراض الرابع :

أن هذه الآية وهي قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ ليس فيها أكثر من منعهم أموالهم ، وذلك لا يوجب فسخ ييوعهم وإبطالها^(٣) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

يجاب عن هذا الاعتراض بأن منعهم أموالهم حجر عليهم ، وإلا فلو لم يحجر عليهم لم يمنعوا أموالهم مع كبرهم ، لأن الحجر لغة : المنع ، وإذن فهذا الاعتراض انقلب دليلاً على مشروعية الحجر على السفهاء ، لا كما ورد من أنه معارض للمشروعية .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ .. الآية^(٤) .

توجيه الاستدلال :

قال الشافعي ، رحمه الله : « دلت الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين : البلوغ والرشد »^(٥) . هـ . والسفيه ليس برشيد فدل ذلك على وجوب الحجر عليه .

(١) المبسوط للسرخسي ١٦١/٢٤ ، تبين الحقائق للزيلعي ٣١٩/٥ .

(٢) انظر أحكام القرآن لابن العربي ٣١٩/١ .

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٠/٢ .

(٤) سورة النساء آية ٦ وقد استدل بهذه الآية الرافعي في فتح العزيز ٢٧٦/١٠ .

(٥) أحكام القرآن ١٣٨/١ .

الاعتراض الأول على الاستدلال بهذه الآية :

اعتراض الجصاص^(١) على المستدلين بهذه الآية لوجوب الحجر على البالغ السفیه بقوله : إذا كان اسم الرشء يقع على العقل لتأويل من تأوله عليه - والله تعالى شرط رشءا منكورا ولم يشترط سائر ضروب الرشء - اقتضى ظاهر ذلك أن حصول الصفة له بوجود العقل موجبا لدفع المال إليه ومانعا من الحجر عليه ، فهذا يحتج به من هذا الوجه على إبطال الحجر على الحر العاقل البالغ^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

أجاب الفخر الرازي^(٣) عن هذا الاعتراض فقال : « يمكن أن يجاب عنه بأنه تعالى قال : ﴿ وَابْتَلُوا الَّتِي مَنَى ﴾ ولا شك أن المراد ابتلاؤهم فيما يتعلق بمصالح حفظ المال ، ثم قال : ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا ﴾ ويجب أن يكون المراد ، فإن آنستم منهم رشءا في حفظ المال وضبط مصالحه ، فإنه إن لم يكن المراد ذلك تفكك النظم ، ولم يبق للبعض تعلق بالبعض ، إذا ثبت هذا علمنا أن الشرط المعتبر في الآية هو حصول الرشء في رعاية مصالح المال ، وعند هذا سقط استدلال أبي بكر الرازي^(٤) .

الاعتراض الثاني : قال ابن حزم بعد ذكر هذه الآية : ينبغي أن يعرف ما الرشء الذي أمر الله تعالى من أنس منه بدفع ماله إليه ؟ ، فنظرنا في القرآن الذي هو المبين لنا ما ألزمتنا الله تعالى إياه فوجدناه كله ليس الرشء فيه إلا الدين ، وخلاف الغني فقط لا

(١) الجصاص : أحمد بن علي أبو بكر الرازي كان إمام الحنفية في عصره أخذ عن أبي سهل الزجاج وعن أبي الحسن الكرخي ، سكن بغداد ، وعنه أخذ فقهاؤها وإليه انتهت رئاسة الحنفية بها ، وكان مشهورا بالزهد ، امتنع عن القضاء ، وكانت ولادته سنة ٣٠٥ هـ ووفاته سنة ٣٧٠ هـ عن خمس وستين سنة . له مصنفات منها « أحكام القرآن » و « شرح مختصر الطحاوي » في الفقه و « شرح الجامع الكبير » لمحمد ابن الحسن .

انظر : الجواهر المضية ١/٨٤ ، ٨٥ ، الطبقات السنية ١/٤٧٧ ، ٤٨٨ ، الفوائد البهية ص ٢٧ ، ٢٨ .

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ٢/٦٣ .

(٣) الفخر الرازي : هو محمد بن عمر بن الحسين التيمي البكري الإمام فخر الدين الرازي ، علامة ، مفسر ، يقال له : ابن خطيب الري ، ولد بالري سنة ٥٤٤ هـ وتوفي بهرة سنة ٦٠٦ هـ له مؤلفات كثيرة منها « مفاتيح الغيب » في تفسير القرآن العظيم و « المحصول في علم الأصول » و « نهاية الإيجاز في دراية الإعجاز » .

انظر : وفيات الأعيان ٣/٣٨١ - ٣٨٥ رقم الترجمة ٥٧٢ ، طبقات الشافعية للسبكي ٨/٨١ .

(٤) التفسير الكبير للفخر الرازي ٩/١٨٨ .

المعرفة بكسب المال أصلاً . قال تعالى : ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾^(١) وقال تعالى : ﴿ وَأُولَئِكَ هُمُ الرَّاشِدُونَ ﴾^(٢) ، وقال تعالى : ﴿ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ ﴾^(٣) بِرَشِيدٍ^(٤) ، فصيح أن من بلغ مميزاً للإيمان من الكفر فقد أونس منه الرشد الذي لا رشد سواه أصلاً ، فوجب دفع ماله إليه ، وما يشك مؤمن ولا كافر أن فرعون وأصحابه كانوا أشد عناية بالمال وأضبط وأكثر وأعرف بوجوه جمعه من موسى عليه السلام ، وأن فرعون لم يكن قط مغبوناً في ماله فصيح أن الرشد ليس هو كسب المال ، ولا منعه من الحقوق ووجوه البر بل هذا هو السفه ، وإنما الرشد طاعة الله تعالى ، وكسب المال من الوجوه التي لا تثلم الدين ، ولا تخلق العرض فهذا هو الرشد ، وكذلك لم نجد في شيء من لغة العرب أن الرشيد هو الكيس في جمع المال وضبطه فبطل تأويلهم في الرشد في الآية^(٥) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن اعتراض ابن حزم بأن يقال : لا نسلم أن المراد بالرشد هو الرشد في الدين فقط ، لأن ذلك تخصيص بلا مخصص لأن الرشد في اللغة عام يطلق على كل ما يحمد ، والغني في كل ما يذم^(٦) .

ولا شك أن مما يحمد عدم التبذير والإسراف والفساد ، وإلا فما معنى الرشد إذن ؟ !

(١) سورة البقرة آية ٢٥٦ .

(٢) سورة الحجرات آية ٧ .

(٣) فرعون : هو فرعون موسى الذي أخبر الله تعالى عن بني إسرائيل أنه نجاهم منه يقال : إن اسمه : الوليد بن مصعب بن الريان ، وأنه لما نودي بموسى أعلم أن قابوس بن مصعب قد مات ، وقام أخوه الوليد بن مصعب مكانه ، وكان أعنى من قابوس وأكفر ، وأفجر ، ويقال إن الوليد تزوج آسية بنت مزاحم بعد أخيه .

وفرعون : اسم كانت ملوك العمالة بمصر تسمى به كما كانت ملوك الروم يسمي بعضهم « قيصر » وبعضهم « هرقل » وكما كانت ملوك فارس تسمى « الأكاسرة » واحدهم « كسرى » وملوك اليمن تسمى « التبابعة » واحدهم « تبع » . والله أعلم .

انظر تفسير الطبري ٣٨/٢ « تحقيق أحمد شاكر » وتاريخ الطبري ١٩٩/١ والموسوعة العربية الميسرة ١٢٩٠ .

(٤) سورة هود آية ٩٧ .

(٥) المحلى ١٨٣/٩ ، ١٨٤ « بتصرف » .

(٦) تاج العروس ٣٥٢/٢ .

وأما ما استدل به من الآيات فغاية ما فيه أن الدين معتبر من الرشد وليس فيه أن المبذرين الذين لا يستطيعون إصلاح أموالهم من الراشدين ، فقوله تعالى : ﴿ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾ أي قد تميز الإيمان من الكفر بالدلائل الواضحة^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ وَأُولَئِكَ هُمُ الرَّاشِدُونَ ﴾ أي الذين جمعوا صفات الرشد ، ويدخل في ذلك حفظهم لأموالهم ومعرفة إصلاحها ، وقوله تعالى : ﴿ وَمَا أُمِرَ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴾ أي بسديد ؛ لأن فرعون كان يصرف الأموال في وجوه السفه وذلك بإعطائها السحرة وغيرهم ليتخذوه إلهًا .

وإطلاق الرشد على أهل الإيمان لا يدل على أن من بذر أمواله وضيعها يكون رشيدا ، ولو كان مؤمنا لأن المبذرين كانوا إخوان الشياطين^(٢) ، فإذا كان المسلم مبذرا ، هل يعتبر رشيدا وقد وصف بهذا الوصف ؟ الجواب بلا . وهذا هو ما دل عليه قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ أي إصلاحا في المال . كما أن في قول ابن حزم : « إنما الرشد في طاعة الله تعالى ، وكسب المال من الوجوه التي لا تثلم الدين » مناقضة لقوله فيما سبق : « ليس الرشد إلا الدين لا المعرفة بكسب المال أصلا » لأنه ذكر أولا أنه لا يشترط للرشيد المعرفة بكسب المال أصلا ، ثم ذكر أن من الرشد كسب المال من الوجوه التي لا تثلم الدين .

وقوله : « لم نجد في شيء من لغة العرب أن الرشيد هو الكيس في جمع المال وضبطه » يجاب عنه بأنه غير مسلم لأن اللغة دلت على استعمال كلمة الرشد في أوسع معانيها ، وهي أن الرشد يستعمل في كل ما يحمد ، ومنه جمع المال وضبطه ، والرشيد في لغة العرب هو : الذي تنساق تدبيراته إلى غاياتها على سبيل السداد من غير إشارة مشير ولا تسديد مسدد ، ويقال هو يهدي إلى المرشد أي إلى مقاصد الطرق^(٣) ، كما أن المقصود من الحجر على السفه قبل البلوغ إلا وهو عدم إحسانه التصرف في المال موجود بعد البلوغ

(١) الكشف للزمخشري ٣٨٧/١ .

(٢) قال تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴾ سورة الإسراء آية ٢٧ .

(٣) تهذيب اللغة للأزهري ٣٢١/١١ ، تاج العروس ٣٥٢/٢ ، المعجم الوسيط ٣٤٦/١ .

لكن ابن حزم ، رحمه الله ، لم يراع المقاصد والمعاني ، وإنما وقف مع الظواهر والألفاظ^(١) ورأى أن السفه هو عدم الدين فقط ، وهو خلاف القول الصحيح كما سبق .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخْسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ الآية^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

في الآية دليل على أن السفه مولى عليه ، ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه^(٣) .

الاعتراض على الاستدلال بهذه الآية ، والجواب عنه :

وقد اعترض على الاستدلال بهذه الآية بما اعترض به على الدليل الأول - وهو قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ .. ﴾ الآية - من أن المراد بالسفهاء الصبيان أو المجانين^(٤) ، وقد سبقت الإجابة عن ذلك^(٥) .

الدليل الرابع : عن عوف بن الحارث^(٦) أن عائشة^(٧) حدثت (بضم الحاء) أن

(١) يقول العلامة ابن القيم رحمه الله : « مثل من وقف مع الظواهر والألفاظ ولم يراع المقاصد والمعاني كمثّل رجل قيل له : لا تسلم على صاحب بدعة فقبل يده ورجله ولم يسلم عليه ، أو قيل له اذهب فاملاً-هذه الجرة ، فذهب فملاًها ثم تركها على الحوض وقال : لم تقل : ابتنى بها » أعلام الموقعين ١١٥/٣ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ ، وقد استدل بهذه الآية الشافعي في الأم ١٩٢/٣ والرافعي في فتح العزيز ٢٧٦/١٠ ، والسرخسي في المبسوط ١٥٧/٢٤ .

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥٧/٢٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) انظر ص ١٠٣ من هذا البحث .

(٦) عوف بن الحارث بن الطفيل بن سخبرة بن جرثومة الأزدي رضيع عائشة وابن أخيها لأمها روى عنها وعن أختها رميثة بنت الحارث ، وعن أم سلمة وأبي هريرة ، والمسور بن مخرمة ، وعبد الله بن الزبير وروى عنه الزهري وبكير ابن الأشج .

انظر : الثقات لابن حبان ٢٧٥/٥ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ١٦٨/٨ .

(٧) عائشة بنت أبي بكر الصديق ، أم المؤمنين ، أمها أم رومان بنت عامر بن عويمر ، ابنتي بها النبي ﷺ بالمدينة =

عبد الله بن الزبير^(١) قال في بيع أو عطاء أعطته عائشة : والله لتنتهين أو لأحجرن عليها ... الحديث^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحجر لو لم يكن مشروعاً لما همّ عبد الله ابن الزبير أن يحجر على عائشة ، رضي الله عنها .

الاعتراض على هذا الاستدلال :

اعتراض على الاستدلال بهذا الحديث بأن الحجر لو كان مشروعاً لما استجازت

= وهي ابنة تسع ، وتوفي النبي ﷺ وهي بنت ثمان عشرة سنة ، وكان مكثها مع النبي ﷺ تسع سنين . توفيت سنة ٥٧ هـ وقيل ٥٨ هـ ، ودفنت بالبقيع .

انظر : الاستيعاب لابن عبد البر ١٨٨١/٤ ، ١٨٨٥ رقم الترجمة ٤٠٢٩ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٣٥٩/٤ ، ٣٦١ .

(١) عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي يكنى أبا بكر هاجرت أمه أسماء بنت أبي بكر من مكة وهي حامل بابنها عبد الله بن الزبير فولدته في سنة اثنتين من الهجرة فهو أول مولود في الإسلام من المهاجرين بالمدينة ، شهد الجمل مع أبيه وخالته عائشة ، وكان شهماً ذا أنفة له لسانه وفصاحة ، وكان أسود لا لحية له ولا شعر في وجهه بويع بالخلافة سنة ٦٤ هـ وقيل سنة ٦٥ هـ وحج بالناس ثمانى حجج وقتل ، رحمه الله ، في أيام عبد الملك سنة ٧٣ هـ ، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة ، وصلب بعد قتله بمكة .

الاستيعاب ٩٠٥/٣ - ٩١٠ ، أسد الغابة ١٦١/٣ ، ١٦٤ .

(٢) ذكر الاستدلال بهذا الحديث السرخسي في المبسوط ١٥٨/٢٤ ، وابن حزم في المحلى ١٩٥/٩ وهو حديث صحيح أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٢٧/٤ ، والبخاري في صحيحه ٩٠/٧ في كتاب الأدب باب ٦٢ وهو حديث طويل ، وتماه عند البخاري « فقالت : أهو قال هذا ؟ قالوا : نعم ، قالت : هو الله عليّ نذر أن لا أكلم ابن الزبير أبداً ، فاستشفع ابن الزبير إليها حين طالت الهجرة ، فقالت : لا والله لا أشفع فيه أبداً ، ولا أتحنث إلى نذري ، فلما طال ذلك على ابن الزبير كلم المسور بن مخرمة ، وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث - وهما من بني زهرة - وقال لهما أنشدكما الله لما أدخلتماني على عائشة فإنها لا يحل لها أن تنذر قطيعتي فأقبل به المسور وعبد الرحمن مشتملين بأرديتهما حتى استأذنا على عائشة فقالا : السلام عليك ورحمة الله وبركاته ، أندخل ؟ قالت عائشة : ادخلوا ، قالوا : كلنا ، قالت : نعم ادخلوا كلكم - ولا تعلم أن معهما ابن الزبير ، فلما دخلوا دخل ابن الزبير الحجاب فاعتنق عائشة وطفق يناشدها ويبكي ، وطفق المسور وعبد الرحمن يناشدانها إلا كلمته وقبلت منه ويقولان : إن النبي ﷺ - نهي عما قد عملت من الهجرة فإنه لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال ، فلما أكثروا على عائشة من التذكرة والتحريج طفقت تذكرها ، وتبكي وتقول : إني نذرت والنذر شديد فلم يزالا بها حتى كلمت ابن الزبير وأعتقت في نذرها ذلك أربعين رقبة ، وكانت تذكر نذرها بعد ذلك فتبكي حتى تبل دموعها خمارها » ١ هـ .

عائشة ، رضي الله عنها ، هذا الحلف - ألا وهو عدم تكليم ابن الزبير^(١) - فيما هو حكم شرعي ، وبهذا يتبين أن ابن الزبير إنما قال ذلك كراهة أن تفني مالها فتبتلى بالفقر ، فتصير عيالا على غيرها بعد ما كان يعولها رسول الله ، ﷺ^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن ذلك فيقال : إن عائشة ، رضي الله عنها ، أنكرت على ابن الزبير كونه جعلها من جملة السفهاء ؛ لأنها فهمت أنه لا يحجر إلا على سفيه ، ومن المعلوم أنه ليس كل من أنفق من ماله ، أو باع بعض أمواله ليتصدق بها سفيها ، ومعاذ الله أن ينسب أحد أم المؤمنين عائشة ، رضي الله عنها ، إلى السفه ، بل الصحابة رضوان الله عليهم كلهم عدول ، وبهذا يتبين أن إنكار عائشة ليس من حيث كون الحجر حكما شرعيا أو غير شرعي ، بل بسبب إلحاقها بالسفهاء ، ولذا نقول : إن ابن الزبير أخطأ في تطبيق الحكم لا في نفس الحكم .

الدليل الخامس : عن هشام بن عروة^(٣) عن أبيه^(٤) ، قال : ابتاع عبد الله بن جعفر^(٥)

(١) انظر بقية الحديث في الهامش السابق .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٦١/٢٤ .

(٣) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدي أبو المنذر ، وقيل أبو عبد الله ، روى عن أبيه ، وعن عبد الله بن الزبير وغيرهما قال أبو حاتم : ثقة إمام في الحديث ، وقال العجلي : ثقة ، توفي سنة ١٤٦ هـ وقيل سنة ١٤٥ هـ وقد بلغ ٨٧ سنة .

انظر : الجرح والتعديل للرازي ٦٣/٩ ، والكاشف للذهبي ٢٢٣/٣ وتهذيب التهذيب ٤٨/١١ .

(٤) أبوه : عروة بن الزبير أبو عبد الله المدني ، روى عن أبيه ، وأخيه عبد الله وأمه أسماء بنت أبي بكر وخالته عائشة وعبد الله بن جعفر وعبد الله بن عباس وغيرهم يقال : إنه ولد في آخر خلافة عمر سنة ٢٣ هـ وقيل : بل ولد لست خلون من خلافة عثمان وكان بينه وبين أخيه عبد الله عشرون سنة ، قال هشام : صام أبي الدهر ، ومات وهو صائم ، في موته أقوال منها سنة ٩٣ هـ وسنة ٩٤ هـ .

انظر الكاشف للذهبي ١٦٢/٢ ، وتهذيب التهذيب ١٨٠/٧ .

(٥) عبد الله بن جعفر بن أبي طالب ، روى عن النبي ، ﷺ ، وعن أمه أسماء بنت عميس وعن عمه علي بن أبي طالب وعثمان وعمار بن ياسر ، ولد بأرض الحبشة لما هاجر أبوه إليها وهو أول من ولد بها من المسلمين وفيه قال رسول الله ، ﷺ ، « عبد الله يشبه خلقي وخلقي » اختلف في وفاته قال الحافظ ابن حجر : الأصح أنه توفي سنة ٨٠ هـ وله ٩٠ سنة .

انظر الإصابة في تمييز الصحابة ٢٨٠/٢ (الناشر دار الكتاب العربي بيروت) ، وتهذيب التهذيب ١٧٠/٥ ،

بيعا فقال علي ، رضي الله عنه : لآتين عثمان^(١) فلأحجرن عليك فأعلم بذلك ابن جعفر للزبير فقال : أنا شريكك في بيعك فأتي علي عثمان ، فقال : أحجر علي هذا فقال الزبير^(٢) : أنا شريكه . فقال عثمان : أحجر علي رجل شريكه الزبير ؟^(٣) .

توجيه الاستدلال :

قال الشافعي ، رحمه الله ، بعد ذكر هذا الأثر : علي ، رضي الله عنه ، لا يطلب الحجر إلا وهو يراه ، والزبير لو كان الحجر باطلا لقال : لا يحجر علي حر بالغ . وكذلك عثمان بل كلهم يعرف الحجر^(٤) . هـ . فدل ذلك على مشروعيته .

الاعتراض الأول على هذا الدليل :

إنكار الأثر بهذه الرواية : قال ابن حزم : أما الرواية عن علي أنه ذكر لعثمان أنه يحجر علي عبد الله بن جعفر في بيع ابتاعه فقال له الزبير : أنا شريكه فرواية ننكرها جدا^(٥) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن إنكار ابن حزم لهذه الرواية بأنه غير مسلم لأن هذه الرواية قد ثبتت من طريق كل رواة عدول ، فقد روى ذلك الشافعي عن محمد بن الحسن عن يعقوب بن إبراهيم عن هشام بن عروة عن أبيه وكلهم ثقات^(٦) .

(١) هو أمير المؤمنين عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية الأموي القرشي أبو عبد الله الملقب بذي النورين لتزوجه بنتي رسول الله ﷺ ، وكان من السابقين إلى الإسلام ، أنفق كثيرا من ماله في سبيل الله وشهد كثيرا من غزوات رسول الله ﷺ ، استشهد ، رضي الله عنه ، في أواخر سنة ٣٥ من الهجرة ودفن بالبقيع .

انظر : الاستيعاب ١٠٣٧/٣ - ١٠٥٧ رقم الترجمة ١٧٧٨ ، أسد الغابة ٣/٣٧٦ - ٣٨٤ .

(٢) هو الصحابي الجليل أبو عبد الله الزبير بن العوام القرشي الأسدي أمه صفية عمة رسول الله ﷺ ، كان أول من سل سيفاً في سبيل الله ، وهو من العشرة المبشرين بالجنة ، ومن الستة الذين اختارهم عمر للشورى في أمر الخلافة من بعده توفي سنة ٣٦ هـ ، وعمره ٦٧ سنة .

انظر : الاستيعاب ٥١٠/٢ ، ٥١٦ رقم الترجمة ٨٠٨ ، وأسد الغابة ٢/١٩٦ ، ١٩٩ .

(٣) الأثر أخرجه الشافعي في مسنده ، انظر : بدائع المنن ١٩١/٢ ، ١٩٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٦١/٦ .

(٤) الأم ١٩٦/٣ .

(٥) المحلى ١٩٤/٩ .

(٦) انظر في توثيق هؤلاء الرواة : ميزان الاعتدال ٥١٣/٣ ، ووفيات الأعيان ١٨٤/٤ في ترجمة محمد بن الحسن .

وانظر في توثيق أبي يوسف الميزان للذهبي ٤٤٧/٤ ، وتهذيب التهذيب ٣٨١/١١ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ، وأما هشام بن عروة وأبوه فانظر في توثيقهما : الكاشف للذهبي ٢٢٣/٣ ، ٢٦٢ وتهذيب التهذيب ٤٨/١١ ، ١٨٠/٧ .

الاعتراض الثاني :

قال ابن حزم : « لا يخلو ذلك البيع من أن يكون يوجب الحجر على صاحبه أو لا يوجبه ، فإن كان يوجب الحجر ، فالحجر واجب على الزبير كما هو على عبد الله وإن كان لا يوجب الحجر على الزبير فليس بواجب على عبد الله ولا على غيره »^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : إن عليا ، رضي الله عنه ، رأى أن ذلك التصرف من عبد الله بن جعفر يوجب الحجر ، ولم يستنكر ذلك عثمان ، وإنما الذي استنكره هو الحجر على من كان الزبير شريكه ، وذلك لأنه ، رضي الله عنه ، معروف بالكياسة وبالتجارة ، فاستدل عثمان بتلك الشركة على أنه لا غبن في تصرف عبد الله بن جعفر ولذلك لم يحجر عليه .

الاعتراض الثالث :

أن الحجر لو كان واجبا لما تركه عثمان ، لكنه لم يحجر على عبد الله بن جعفر ، فصح أنه لم ير الحجر واجبا ، ولو رآه علي أو عثمان لما حل لهما إلا يمضياه^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : إن عثمان أوضح العذر في عدم حجره على عبد الله بن جعفر وهو كون الزبير شريكا له ، وذلك دليل على أن عثمان ، رضي الله عنه ، يرى الحجر وإلا لقال لعلي : الحجر غير جائز لما سأله أن يحجر على عبد الله ابن جعفر .

الاعتراض الرابع :

« أن هذه القصة وقعت من بعض الصحابة ، والحجة إنما هو إجماعهم والأصل جواز التصرف لكل مالك من غير فرق بين أنواع هذه التصرفات ، فلا يمنع منها إلا ما قام الدليل على منعه »^(٣) .

(١) المحلى ١٩٤/٩ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ١٩٣/٩ ، والمبسوط للسرخسي ١٦١/٢٤ .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ٣٦٨/٥ .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن « الظاهر أن الحجر على من كان في تصرفه سفه كان أمرا معروفا عند الصحابة مألوفا بينهم ، ولو كان غير جائز لأنكره بعض من اطلع على هذه القصة ، ولكان الجواب من عثمان ، رضي الله عنه ، لعلي بأن هذا غير جائز ، وكذا الزبير وعبد الله بن جعفر لو كان مثل هذا الأمر غير جائز لكان لهم عن تلك الشركة مندوحة^(١) .

الدليل السادس :

عقلي : أن السفية مبذر لماله فيكون محجورا عليه كالصبي بل أولى لأن الصبي إنما يكون محجورا عليه لتوهم التبذير منه ، والإسراف ، وأما السفية فإن التبذير والإسراف منه متحقق فهو أولى بالحجر^(٢) .

الدليل السابع : عقلي : وهو أن النظر له واجب لإسلامه وليس من النظر أن يمكن من التصرف إلا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون على البر فصار كالصبي بل أولى^(٣) .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم الحجر على السفية بما يلي :

الدليل الأول :

استدل ابن حزم بعموم الآيات والأحاديث التي تحت على فعل الخير من صدقة وعتق ونحو ذلك^(٤) مثل قوله تعالى : ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ الآية^(٥) وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ ﴾ الآية^(٦) وقوله تعالى : ﴿ مَا سَلَكَكُمْ

(١) المرجع السابق ٣٦٨/٥ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٨/٢٤ .

(٣) تبين الحقائق للزيلعي ١٩٣/٥ .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم ١٧٢/٩ .

(٥) سورة آل عمران آية ٩٢ .

(٦) سورة الأحزاب آية ٣٥ .

فِي سَقَرٍ قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ وَلَمْ نَكُ نُطْعِمِ الْمِسْكِينَ ﴿١﴾ الآية (١) ، وقوله ﷺ :
« اتَّقُوا النار ولو بشق تمرة » (٢) .

توجيه الاستدلال :

في هذه الآيات الخطاب عام لجميع الناس لفعل الخير والسفيه من جملتهم ، وعليه فإن تصرفه صحيح إذا ما تصدى أو أعتق أو أنفق في وجوه البر ، ولا يخرج من هذا الحكم إلا من أخرجته النص وهو المجنون في حال جنونه ، والذي لم يبلغ إلى أن بلغ فقط (٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ابن حزم فنقول : لا نسلم أن الخطاب عام لجميع الناس وإنما المراد به العقلاء المنضبطون في تصرفاتهم كلها ، والسفيه ليس من جملتهم كما أن القول بعمومية الخطاب يدخل الفاسق فيهم ؛ لأنه ربما يتصدق من أجل أن يحصل له أجر ، وأنتم ترون الحجر عليه لفسقه ، كما أن القول بأن السفيه مطلوب منه أن يتصدق ويعتق ، فيه فتح الباب له لإفناء أمواله بدعوى الصدقة والقرى ، وربما يقع في التبذير والإسراف المنهي عنه ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾ (٤) ، وقال تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴾ (٥) .

الدليل الثاني :

استدل أبو حنيفة بآيات الكفارات من الظهار والقتل وغيرها (٦) قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ مِنْكُمْ

(١) سورة المدثر آية ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ .

(٢) الحديث صحيح رواه البخاري ومسلم من طريق عدي بن حاتم رضي الله عنه . انظر فتح الباري ٢/٢٨٣ رقم الحديث ١٤١٧ وصحيح مسلم ٢/٧٠٤ كتاب الزكاة رقم الحديث ٦٨ ، كما رواه الترمذي في سننه ٧/١٣٤ رقم ٢٤١٧ تحقيق الدعاس .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ٩/١٧٢ .

(٤) سورة الأعراف آية ٣١ .

(٥) سورة الإسراء آية ٢٧ .

(٦) ذكر ذلك صاحب المبسوط ٢٤/١٥٩ .

تَوْعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١﴾ .

وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ، وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ . الآية (٢) .

وقال تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ الآية (٣) .

توجيه الاستدلال :

وجه السرخسي الاستدلال بما ورد من الآيات من وجهين :

الأول : أن السفه داخل في عموم الخطاب في هذه الآيات ، فيكون مطلق التصرف في ماله كالرشيد ؛ لأنه قد ثبت له أهلية التصرف والمحلية ، لأن بكونه مخاطبا ثبت له أهلية التصرف ، فإن التصرف كلام ملزم ، وأهلية الكلام بكونه مميزا ، والمميز بنفسه يكون مخاطبا ، والمحلية تثبت بكونه خالص ملكه ، وذلك يثبت باعتبار حرية المالك وبعد ما صدر التصرف من أهله في محله لا يمتنع نفوذه إلا لمانع والسفه لا يصلح أن يكون معارضا للحرية .

الثاني : أن هذه الكفارات تجب على كل من يتحقق منه أسبابها شرعا ، سفيها كان أو غير سفيه ، وارتكاب هذه الأسباب اختيارا نوع من السفه فدل على أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال ومن ضرورته ألا يمتنع من أداء ما لزمه شرعا (٤) .

(١) سورة المجادلة آية ٣ .

(٢) الآية من سورة النساء آية ٩٢ وتامها ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ .

(٣) الآية من سورة المائدة آية ٨٩ وتامها ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ .

(٤) انظر المبسوط للسرخسي ١٥٩/٢٤ .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ما ذكره السرخسي بأن يقال :

أ - أما القول بأن السفية مخاطب في هذه الآية فغير مسلم لأن الخطاب لا يكون إلا للعقلاء المنضبطين في تصرفاتهم وأما المبذرون السفهاء فإنه لا يوجه إليهم الخطاب لأنهم لن ينتفعوا بتوجيه إليهم .

ب - وأما وجوب الكفارات في مال السفية فهذا لا يدل على أنه لا يحجر عليه فإن المجنون تجب في ماله الزكاة ، وهو محجور عليه ، وكلاهما يخرج عنهما وليهما ما وجب عليهما ، وإذن فلا دليل في الآيات السابقة على عدم الحجر .

الدليل الثالث :

قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا ﴾ الآية^(١) .

توجيه الاستدلال :

قال السرخسي : « نهى الولي عن الإسراف في مال الصغير مخافة أن يكبر فلا يبقى له عليه ولاية ، والتنصيب على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون تنصيصا على زوال الحجر عنه بعد الكبر ؛ لأن الولاية عليه للحاجة وإنما تنعدم الحاجة إذا كان هو مطلق التصرف بنفسه »^(٢) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ما ذكره السرخسي بأن يقال : إن الآية محمولة على الغالب فإن الغالب أن الذي يكبر يكون عاقلا غير مبذر لأمواله منضبطا في تصرفاته كما أن هذه الآية لا تفيد عدم ضمان أموال اليتامي إذا ما أكلها الولي لأن الله سبحانه وتعالى حرم أكل أموال اليتامي فقال : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أُمُوالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا ﴾^(٣) كما أنه سبحانه وتعالى قال بعد ذلك : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أُمُوالَهُمْ فَأَشْهَدُوا ﴾ وإذن فإنه لا خوف على

(١) سورة النساء آية ٦ وقد استدلل بهذه الآية السرخسي في المبسوط ١٥٩/٢٤ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٩/٢٤ .

(٣) سورة النساء آية ١٠ .

أموال اليتامي حيثُذ لأنها مضمونة بخلاف الأكل بالمعروف فإنه مباح ، وعليه فإن الآية لا تفيد إلا النهي عن الإسراف في الأكل خشية كبرهم ، لأنهم إذا كبروا عقلاء ستدفع إليهم أموالهم ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ .
الدليل الرابع : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ .. الآية (١) .

وجه الاستدلال :

أن بلوغ الأشد هو بلوغ خمس وعشرين سنة (٢) وإذا بلغ الأشد صار جدا ، ذلك لأن أدنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لسته أشهر لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، ثم يبلغ ابنه اثنتي عشرة سنة ثم يولد له ابن لسته أشهر فيصير جدًا بعد خمس وعشرين سنة ، ولما صار جدًا صار فرعه أصلا فكان الجد متناها في الأصالة ، فإذا لم يؤنس رشده في سن تناهت أصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك (٣) .

المناقشة :

وقد ناقش صاحب المغني استدلال أبي حنيفة بهذه الآية فقال : « أما الآية التي احتج بها فإنها تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به ، ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين

(١) سورة الإسراء آية ٣٤ ، وقد استدل بهذه الآية الموصلي في الاختيار لتعليل المختار ٩٧/٢ .
(٢) قال ابن العربي اختلف العلماء في تقدير الأشد وفي ذلك أقوال من الحلم إلى أربعين سنة أمهاتها خمس الأول : أنه من الحلم قاله الشعبي ، وربيعة ، وزيد بن أسلم ، ومالك .
الثاني : قال الزجاج هو من سبعة عشر عاما إلى أربعين ، وهو الأول ، بعينه إلا أنه رأى أن الحلم من سبعة عشر عاما .

الثالث : أنه عشرون سنة قاله الضحاك .
الرابع : أنه بضع وثلاثون قاله ابن عباس .
الخامس : أنه أربعون يروى عن جماعة .
والصحيح أن الحلم إلى خمسين سنة فإنه من الحلم ، يشتد آدمي إلى خمسين ثم يأخذ القهقري قال الشاعر :
أخو خمسين مجتمع أشدي وتجريبي مـدارة الشؤون
من أحكام القرآن ١٠٦٩/٣ ، ١٠٧٠ .

(٣) انظر في توجيه الاستدلال بهذه الآية : الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٧/٢ ، وحاشية سعد جليبي على العناية للبارقي مطبوع مع تكملة فتح القدير لابن الهمام ١٩٥/٨ .

سنة بالإجماع لعلة السفه ، وهو موجود بعد خمس وعشرين سنة فيجب أن تخص بها أيضا ، كما أنها لما خصصت في حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين سنة ، خصت أيضا بعد خمس وعشرين سنة ، وما ذكرناه من المنطوق^(١) أولى مما استدل به من المفهوم المخصص وما ذكروه من كونه جدًّا ليس تحته معنى يقتضي الحكم ، ولا له أصل يشهد له في الشرع ، فهو إثبات للحكم بالتحكم^(٢) .

الدليل الخامس : عن عبد الله بن دينار^(٣) قال سمعت ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رجل^(٤) للنبي ﷺ : إني أخدع في البيوع فقال : « إذا بايعت فقل لا خلافة »^(٥) فكان الرجل يقول^(٦) .

(١) المراد بالمنطوق الأدلة التي استدل بها على مشروعية الحجر كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم ﴾ .. الآية . وقوله تعالى : ﴿ وَابْتُلُوا آلِيَنَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ الآية . وغير ذلك من الأدلة الدالة على مشروعية الحجر .

(٢) المغني لابن قدامة ٥٠٧/٤ ، ٥٠٨ .

(٣) عبد الله بن دينار العدوي أبو عبد الرحمن المدني مولى ابن عمر ، روى عن ابن عمر ، وأنس وسليمان بن يسار وغيرهم ، قال صالح بن أحمد عن أبيه : ثقة مستقيم الحديث ، وقال أبو حاتم : ثقة توفي سنة ١٢٧ هـ . انظر : الجرح والتعديل للرازي ٤٦/٥ ، وتهذيب التهذيب ٢٠١/٥ .

(٤) قوله : رجل : هو حبان بن منقذ بن عمرو عطية بن خنساء بن مبدول ابن عمرو بن غنم بن مازن بن النجار الأنصاري الخزرجي مات في خلافة عثمان رضي الله عنه .

انظر : المستفاد من مبهمات المتن والإسناد ص ٥١ ، والإصابة في تمييز الصحابة ٣٠٣/١ .

(٥) قوله « لا خلافة » بكسر المعجمة وتخفيف اللام أي لا خديعة ، ولا لنفي الجنس أي لا خديعة في الدين ، لأن الدين النصيحة . وجاء في رواية « لا خيابة » بالياء وكأنها لثغة من الراوي أبدل اللام ياء . انظر : النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٥٨/٢ ، وفتح الباري ٣٣٧/٤ .

(٦) استدل بهذا الحديث السرخسي في المبسوط ١٧١/٢٤ وهو حديث صحيح رواه البخاري .

انظر فتح الباري ٦٨/٥ رقم الحديث ٢٤٠٧ ، و ٣٣٧/٤ رقم الحديث ٢١١٧ ، ومسلم في صحيحه ١١٦٥/٣ رقم الحديث ١٥٣٣ ، وأبو داود في سننه ٧٦٧/٣ رقم الحديث ٣٠٥١ (تحقيق الدعاس) ، وابن الجارود في المنتقى ص ١٩٧ رقم الحديث ٥٦٩ بلفظ أن رجلا من الأنصار كان يبايع على عهد رسول الله ﷺ وكان في عقده ضعف فأتى قومه رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله : احجر على فلان فإنه يبايع وفي عقده ضعف فدعاه رسول الله ﷺ فنهاه عن البيع فقال يا رسول الله لا أصبر عن البيع فقال رسول الله ﷺ إن كنت غير تارك فقل هاوها ولا خلافة ، كما رواه ابن الجارود بلفظ آخر من طريق نافع عن ابن عمر أن حبان بن منقذ كان سفح في رأسه مأومة فثقلت لسانه وكان يخدع في البيع فجعل رسول الله ﷺ مما ابتاع فهو بالخيار ثلاثا ، وقال رسول الله ﷺ بع ولا خلافة فسمعتة يقول لا خيابة لا خيابة .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن الرسول ﷺ لم يحجر على هذا الرجل ، ولو كان الحجر مشروعاً لفعله النبي ﷺ فلما لم يفعله دل على عدم مشروعيته .

المناقشة :

ونوقش هذا الاستدلال بأن « هذا الحديث إنما جاء في قصة حبان بن منقذ ، ولم يذكر صفة سفه ولا إتلافاً لماله ، وإنما جاء أنه كان يخدع في البيوع ، وليس كل من غبن في شيء يجب أن يحجر عليه ، وللحجر حد فإذا لم يبلغ ذلك لم يستحق الحجر »^(١) .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو قول الجمهور القائلين بمشروعية الحجر على السفه لقوة أدلتهم وصراحتها في الدلالة على الحجر ، بخلاف أدلة معارضتهم فإنها أدلة عامة لم تسلم من المناقشة .

المبحث الثالث : آراء الفقهاء في عقد السفه بعد الحجر عليه بدون إذن وليه

في هذا المبحث سنتناول بالبحث آراء الفقهاء في عقد السفه بعد الحجر عليه بدون إذن الولي عند من يرى مشروعية الحجر عليه ، وهما صاحباً أبي حنيفة ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة وسنفصل آراءهم في ذلك .

أ - رأي صاحب أبي حنيفة :

يرى صاحباً أبي حنيفة أن تصرفات السفه بعد الحجر عليه بدون إذن وليه لا تخلو من ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن تكون تصرفاته نافعة نفعاً محضاً وفي هذه الحالة تنفذ .

الحالة الثانية : أن تكون تصرفاته ضارة ضرراً محضاً وفي هذه الحالة ترد ولا تنفذ .

(١) معالم السنن للخطابي (مطبوع مع سنن أبي داود) ٧٦٦/٣ تحقيق الدعاس .

الحالة الثالثة : أن تكون تصرفاته دائرة بين النفع والضرر^(١) وفي هذه الحالة تعتبر تصرفاته موقوفة على إذن الحاكم ، فإن رأى فيها مصلحة أجازها ، وإلا ردها جاء في تبين الحقائق « عندهما إذا باع لا ينفذ بيعه لأن فائدة الحجر عدم النفوذ ، وإن كان فيه مصلحة أجازها الحاكم لأنه تصرف موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة فإذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازها وإلا رده »^(٢) .

ب - مذهب المالكية :

ورد في كتب المالكية ما يفيد تقسيم تصرفات السفه إلى ثلاث حالات كما سبق عند الحنفية ، وأن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي ، جاء في مواهب الجليل « الإنسان قبل البلوغ محمول على السفه وإن ظهر رشده ، وتصرفاته من الصدقات وغيرها من المعروف مردودة ، وإن أذن فيها الولي أو الوصي ، وتصرف المعاوضة موقوف على إجازة الولي إن رآه مصلحة وإلا رده ، وجاء أيضا « وقسم من أفعاله « أي السفه » لا يمضي وإن أجازة الولي وهو العتق والصدقة والهبة ... وعلم مما تقدم أن تصرف المميز السفه صغيرا كان أو كبيرا أو بالغاً كلما كان بغير عوض فإنه

(١) جاء في بدائع الصنائع ١٧١/٧ « التصرفات القولية ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضار محض ، ودائرة بين الضرر والنفع ، فالصبي العاقل تصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ، ولا تصح منه التصرفات الضارة بالإجماع ، وأما الدائر بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفاً على إجازة وليه ، فإن أجاز جاز ، وإن رد بطل ... وأما السفه عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه وإجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقص والفسخ » ١ . هـ بتصرف .

وانظر كشف الأسرار للبخاري ٢٥٣/٤ ، ٢٥٤ ، وحاشية ابن عابدين ١٣٢/٥ .

(٢) ١٩٥/٥ وجاء في مجمع الأنهر ٤٣٩/٢ « وعندهما يحجر على السفه ولا يدفع إليه ماله ما لم يؤنس رشده ولا يصح تصرفه فيه .. فإن باع المحجور لا ينفذ بيعه لأنه محجور عندهما ، وفائدة الحجر عدم النفاذ ، وإن كان في بيعه مصلحة بأن كان بمثل القيمة أو كان رابحاً وكان الثمن باقياً في يده أجازها الحاكم ، وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً ، ولم يبق الثمن في يده لم يحجزه ، والحاصل أن تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة ، فإذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازها وإلا رده » . وجاء في بدر المنتقى ٤٣٩/٢ ، بقولهما (أي الصاحبين) يفتي ١ . هـ .

مردود ، وما كان بعوض فهو موقوف على إجازة وليه ... وقول المصنف^(١) : « وإن رشد » عائد إلى السفية المميز بالغاً كان أو غير بالغ فله الرد إذا رشد^(٢) .

ج - مذهب الشافعية : يرى علماء الشافعية أن عقد السفية باطل سواء كان بإذن وليه أو بدون إذنه جاء في نهاية المحتاج « ولا يصح من المحجور عليه لسفه حسا كان أو شرعا بيع ولو بغبطة أو في الذمة ، ولا شراء وإن أذن الولي ، وقدر العوض لأن تصحيح ذلك يؤدي إلى إبطال معنى الحجر » قال الشبراملسي^(٣) : « ذكر البيع والشراء مجرد مثال والمقصود بطلان جميع التصرفات المالية »^(٤) .

(١) المصنف : هو خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب الجندي فقيه مالكي من أهل مصر تعلم في القاهرة وولي الإفتاء على مذهب مالك ، له « المختصر » في الفقه و « التوضيح » شرح به مختصر ابن الحاجب توفي سنة ٧٧٦ هـ وقيل سنة ٧٦٧ هـ وقيل غير ذلك .

انظر : الدرر الكامنة ١٧٥/٢ ونيل الابتهاج بتطريز الديباج ص ١١٤ .

(٢) الخطاب ٦٢/٥ « بتصرف » وجاء في بداية المجتهد ٢٣٨/٢ « وأما ما يفعله السفية بعوض فهو موقوف على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن لم يكن له ولي فإن رد بيعه ، وكان قد أتلّف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء ، وكذلك إن أتلّف عين المبيع » .

وجاء في أصول الفتيا للخشني ص ٣٩٩ ما يفيد أن حكم تصرف السفية كحكم تصرف الصبي المميز ، قال الخشني : « أصل مذهب مالك أن السفية أفعاله جائزة حتى يحجر عليه السلطان ، فإذا حجر عليه السلطان كانت أحكامه بعد الحجر سبيل أحكام الصبي في وجوه البيع والشراء والإقرار وسائر ما يعقده على نفسه من المداينات ووجوه المعاملات » .

وجاء في شرح الخرشي على خليل ٢٩٤/٥ « الولي له أن يحجر على الصغير والسفيه ويرد كل تصرف إذا كان ذلك في شيء له قدر وبال » . وانظر سراج السالك للجعلي ١٢٣/٢ .

(٣) الشبراملسي : هو علي بن علي الشبراملسي أبو الضياء نور الدين ولد ببلدة شبراملس سنة ٩٩٧ هـ وكف بصره في طفولته أخذ الفقه والحديث عن النور الزيادي ، وسالم الشبشير وتصدى للتدريس بجامع الأزهر ، وأخذ العلم عنه أكابر العلماء منهم محمد البهوتي الحنبلي ويس الحمصي وعبد الباقي الزرقاني وتوفي سنة ١٠٨٧ هـ . له مصنفات منها « حاشية على المواهب اللدنية للقسطلاني » و « حاشية على الشمائل لابن حجر المكي » و « حاشية على نهاية المحتاج » للرملي .

انظر : خلاصة الأثر ١٧٤/٣ ، ١٧٧ ، الأعلام ٣١٤/٤ .

(٤) ٣٥٤/٤ وجاء في شرح روض الطالب لذكريا الأنصاري ٢٠٩/٢ ، ولا يصح من السفية المحجور عليه شرعا أو حسا عقد مالي كالبيع والشراء ولو بغبطة أو في الذمة ... ولو بإذن الولي أو الموكل » .

وانظر فتح العزيز للرافعي ٢٨٣/١٠ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٤٤١/١ ، ومغني المحتاج ١٧١/١ ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢٧٧/١ .

د - مذهب الخنابلة : يشترط علماء الخنابلة لصحة تصرف السفية تقدم إذن وليه وإلا اعتبر تصرفه باطلا ، إلا أن يكون في شيء يسير فإنه ينفذ ، جاء في المقنع عند الكلام على شروط البيع « الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف إلا الصبي المميز والسفية فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما ، ولا يصح بغير إذنه إلا في الشيء اليسير »^(١) .

ويتبين مما ذكرناه فيما سبق عند الكلام على تصرفات الصبي المميز^(٢) وما ورد هنا أن علماء الخنابلة يفرقون بين تصرف السفية ، وبين تصرف الصبي المميز ، فالصبي المميز لهم فيه رواية بأنه يصح تصرفه ويوقف على إذن وليه بخلاف السفية فإنه لا يوقف تصرفه عندهم ، جاء في الإنصاف « يستثنى من محل الخلاف - أي الخلاف في صحة تصرف المميز - عدم وقف تصرف السفية قال في الفروع : والسفية مثل المميز إلا في عدم وقفه يعني أن لنا رواية في المميز بصحة تصرفه ووقفه على إجازة الولي بخلاف السفية »^(٣) .

فتلخص مما سبق أن للعلماء في عقد السفية بدون إذن وليه قولين :

القول الأول : أن عقد السفية بدون إذن وليه موقوف على الإجازة وبه قال بعض علماء الحنفية ، والمالكية .

القول الثاني : أن عقد السفية بدون إذن وليه باطل وبه قال الشافعية والحنابلة .

الأدلة :

استدل القائلون بأن عقد السفية بدون إذن وليه موقوف على الإجازة بقياس عقد السفية على عقد الصبي المميز بجامع كون كل منهما محجورا عليه فكما أن عقد الصبي المميز يوقف على إذن وليه فكذلك السفية^(٤) .

(١) ٤/٢ .

(٢) انظر ص ٨٤ من هذا البحث .

(٣) ٢٦٧/٤ ، وانظر : الفروع ٦/٤ ، والمبدع ٨/٤ .

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٣١٥/٧ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٩٥/٤ .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن قياس عقد السفية على عقد الصبي المميز قياس مع الفارق . ذلك أن السفية قد تحقق سفهه وعرف منه إفساد أمواله بخلاف الصبي المميز فإنه بعد التمييز لم يعرف منه سفه ، لذلك سمح له بالعقد وأوقف على إذن وليه دفعا للمضرة المحتملة عنه .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن عقد السفية بدون إذن وليه باطل مما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾ الآية^(١) .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ . الآية^(٢) .

توجيه الاستدلال من الآيتين :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن السفية مبذر لماله ومفسد له فلذلك جعل الله تصرفه منوطا بالولي ، فدل ذلك على أنه إذا تصرف بدون إذن وليه يبطل تصرفه .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن يقال : إن جل ما تفيده هاتان الآيتان هو أن تصرف السفية منوط بتصرف الولي ، أما أن فيهما دلالة على بطلان تصرف السفية بدون إذن وليه فلا ، وأصحاب القول الأول يرون أن عقد السفية لا ينفذ ، وإنما يوقف على

(١) سورة النساء آية ٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ وقد استدل بهاتين الآيتين الرافعي في فتح العزيز ٢٧٦/١٠ ، والشيخ زكريا الأنصاري في شرح روض الطالب ٢٠٩/٢ .

إذن وليه ، وإذن فلا يمكن الاحتجاج بهاتين الآيتين عليهم لأنهم لم يقولوا بنفاذ عقد السفية مطلقا ، وإنما جعلوه موقوفا على إذن الولي .

الدليل الثالث : قوله ﷺ : « خذوا على أيدي سفهائكم »^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن الأخذ على أيدي السفهاء يعني منعهم من التصرف والحجر عليهم فإذا ما تصرفوا وهم ممنوعون من ذلك بطل تصرفهم .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : لا نسلم بأن الأخذ على أيدي السفهاء يقتضي إبطال عقود السفهاء ، إذا كان في عقودهم مصلحة لهم ، وإنما الأخذ يراد به توجيههم إلى ما يفيدهم وينفعهم في دينهم ودنياهم ، والولي ينظر لهم بالمصلحة في ذلك ، فإن رأى في عقودهم نفعاً لهم أجازها وإلا ردها ، لذا فإن الأخذ على أيدي السفهاء لا يعتبر منافياً لإيقاف عقودهم على الإجازة .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول ، وهو أن عقد السفية موقوف على الإجازة وذلك لأن توقيف عقده على إذن الولي يحقق المصلحة والحماية لماله ، فإذا ما رأى الولي عقده نافعا أجازها وبذلك تعود الفائدة والمصلحة له ، وإذا ما رآه ضارا رده وحينئذ يسلم ماله من الضرر والخسارة .

(١) استدل بهذا الحديث الشيخ زكريا الأنصاري في شرح روض الطالب ٢/٢٠٩ ، وقال بعد أن ذكره : رواه الطبراني بإسناد صحيح ولم أعثر عليه فيما طبع من معجم الطبراني ، وأورده السيوطي في الجامع الصغير ٢/٣ من رواية النعمان بن بشير ونسبه إلى الطبراني ، رمز له بأنه ضعيف ، وقال الشيخ ناصر الدين الألباني : إنه ضعيف . انظر ضعيف الجامع الصغير وزيادته ٣/١١٩ رقم الحديث ٢٨١٩ .

الفصل الرابع

عقد المريض

المبحث الأول : التعريف بالمريض

المراد بالمريض - في هذا المبحث - المريض مرض الموت ، وقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت ، وسنذكر تعريفا له من كل مذهب .
ففي مذهب الحنفية قال الكاساني : الحاصل أن مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا^(١) .

وفي مذهب المالكية : ذكر الدردير^(٢) بأن مرض الموت : هو المرض الذي ينشأ عنه الموت عادة وأن يغلب الموت عنه^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٢٢٤/٣ ، وجاء في البدائع أيضا : ذكر الكرخي أن المريض مرض الموت هو الذي أضناه المرض ، وصار صاحب فراش ، وجاء في رد المختار لابن عابدين ٧١٥/٢ أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت وبه كان يفتي الصدر الشهيد ... وذكر محمد في الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالبا لا لكونه صاحب فراش .

وانظر : شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ٢٠٦/١ ، والفتاوى البزازية والبحر الرائق ٤٦/٤ .
(٢) الدردير : أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المعروف بالدردير فقيه مالكي فاضل ولد سنة ١١٢٧ هـ ، وتوفي سنة ١٢٠١ هـ بالقاهرة .
له مؤلفات منها : « أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك » و « شرح مختصر خليل » ويعرف بالشرح الكبير للدردير و « منح القدير » .

انظر : شجرة النور الزكية ص ٣٥٩ رقم الترجمة ١٤٣٤ ، والأعلام ٢٤٤/١ .
(٣) أقرب المسالك مطبوع مع الشرح الصغير للصاوي ٢٩٩/٣ ، وجاء في سراج السالك للجعلي ١٥١/٢ أن مرض الموت هو المرض المخوف الذي يظن منه الموت غالبا .

وفي مذهب الشافعية ذكر ابن حجر الهيتمي^(١) عدة تعريفات للعلماء في مرض الموت منها : أنه هو المرض المخوف لتولد الموت عن جنسه^(٢) .

ويصف علماء الحنابلة مرض الموت بأنه المرض المخوف^(٣) ، وقد أوضح ابن تيمية^(٤) رحمه الله المراد بالمرض المخوف قال : ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه ، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت ، لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة ، وليس الهلاك فيه غالبا ، ولا مساويا للسلامة ، وإنما الغرض أن يكون سببا صالحا للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده ، وأقرب ما يقال ما يكثر حصول الموت عنده فلا عبرة بما يندر وجود الموت منه ، ولا يجب أن يكون الموت منه أكثر من السلامة^(٥) .

(١) ابن حجر الهيتمي : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري شهاب الدين أبو العباس فقيه باحث مصري ولد سنة ٩٠٩ هـ في محلة أبي الهيثم من إقليم مصر ونشأ بها وحفظ القرآن ثم انتقل إلى مصر وقرأ على الشيخ عمارة المصري والرملي وغيرهما ، وبرع في جميع العلوم خصوصا الفقه الشافعي توفي سنة ٩٧٣ هـ . له مصنفات كثيرة منها « تحفة المحتاج لشرح المنهاج » و « فتح الجواد بشرح الإرشاد » و « الخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان » . و « شرح مشكاة المصابيح للتبريزي » . انظر : شذرات الذهب ٣٧٠/٧ - ٣٨٠ والبدر الطالع ١٠٩/١ .

(٢) تحفة المحتاج ٢٨/٧ وجاء أيضا في التحفة أن مرض الموت هو كل ما يستعد بسببه لما بعد الموت بالإقبال على العمل الصالح ، أو كل ما اتصل به الموت ، أو كل مالا يتناول بصاحبه معه الحياة . وجاء في المهذب للشيرازي ٤٦٠/١ وصف مرض الموت بأنه المرض المخوف الذي يتصل به الموت .

(٣) انظر الهداية لأبي الخطاب ٢١٤/١ ، والمغني لابن قدامة ٨٤/٦ ، والمحرم في الفقه لأبي البركات ٣٧٧/١ ، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٢١/٤ والفروع لابن مفلح ٦٩٧/٤ ، والإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي ١٦٥/٧ ، وغاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ٣٣٩/٢ ، ودليل الطالب للشيخ مرعي ص ١٨٠ ، وكشاف القناع ٣٢٢/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٢٩/٢ ، وهداية الراغب ص ٤١٤ ، ومطالب أولي النهى ٤١٦/٤ ، والدرر السنية في الأجوبة النجدية ٢٨٦/٥ .

(٤) ابن تيمية : هو شيخ الإسلام الحافظ الناقد الفقيه المجتهد تقي الدين أبو العباس أحمد ابن المفتي شهاب الدين عبد الحليم ابن الإمام مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني ، ولد في سنة ٦٦١ هـ ، وحدث بدمشق ومصر ، وقد امتحن وأوذى مرات وحبس بقلعة مصر والقاهرة والإسكندرية ، وبقلعة دمشق مرتين وبها توفي سنة ٧٢٨ هـ .

له مصنفات كثيرة منها : « الفتاوى » و « الجمع بين النقل والعقل » و « رفع الملام عن الأئمة الأعلام » و « الصارم المسلول على شاتم الرسول » وغير ذلك .

انظر : تذكرة الحفاظ ١٤٩٦/٤ - ١٤٩٧ رقم الترجمة ١١٧٥ ، والدليل على طبقات الحنابلة ٣٨٧/٤ - ٤٠٨ رقم الترجمة ٤٩٥ .

(٥) الفتاوى الكبرى ٥٢١/٤ ، وما ذكره ابن تيمية في تفسيره لمرض الموت يخلو من بعض القيود التي يذكرها =

والذي يلاحظه الباحث عند تتبع أقوال الفقهاء في مرض الموت يجد أنهم يعتبرون مرض الموت هو ما تحقق فيه وصفان :

الأول : صفة المخوفية وذلك بأن يخاف المريض بالموت .

الثاني : أن يعقب الموت المرض مباشرة^(١) ، فإذا ما أصيب الشخص بمرض غير مخوف عادة كالزكام والصداع ، ثم اتصل به الموت ، فإنه لا يعتبر مرض موت وكذلك لو كان المرض مخوفاً كأن يخشى المريض بسبب ما يعانيه من الآلام الموت ثم بعد ذلك يبرأ فإنه لا يعتبر مرض موت .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد المريض

المراد بعقد المريض : التصرف الذي يتم بإرادتين لا بإرادة واحدة كالبيع والشراء والإجارة ونحو ذلك ، فإذا كان عقد المريض خالياً من التبرع ، فإن عقده يعتبر كعقد الصحيح نافذاً^(٢) ، أما إذا كان في عقد المريض تبرع وتنازل عن بعض ماله كأن يهب المريض مرض الموت من ماله شيئاً ويسلمه ، وكالصلح بأن يجني جنابة ويصالح على شيء من دينه فإن العلماء يعتبرونه - في الجملة - في حكم التبرعات غير العقدية^(٣) من

= جمهور الفقهاء من كون المرض يحدث منه الموت غالباً ، أو يتولد منه الموت بل إن ابن تيمية يرى أنه يكفي في صفة المرض أن يكثر حصول الموت عنده .

(١) جاء في المغني لابن قدامة ٧١/٦ « التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة ... إن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء » . وجاء في كشف القناع ٣٢٢/٤ « عطية المريض غير مرض الموت ولو كان المرض مخوفاً كصحيح أو في مرض غير مخوف كرمد ووجع ضرس وصداع وجرب وحمى يسيرة ولو مات المعطي به فعطيته كعطية الصحيح » ا . هـ . بتصرف .

وجاء في الأم للشافعي ٣٥/٤ « كل مرض كان الأغلب منه أنه غير مخوف فعطية المريض فيه كعطية الصحيح وإن مات فيه » . وجاء في التاج والإكليل ٧٨/٥ « إن اعتقبه الموت فصرح ابن عرفة بأنه مخوف » . وجاء في بدائع الصنائع ٢٢٤/٣ « الحاصل أن مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالباً » .

(٢) جاء في المغني لابن قدامة ٣١٩/٥ « بيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع بضمن المثل سواء كان لوارث أو لغير وارث » . وجاء في روضة الطالبين ١٣١/٦ « البيع بضمن المثل نافذ من رأس المال سواء باع للوارث أو لغيره أو لغيرهما ، وإن باع بمحاباة فإن كانت يسيرة يتسامح بمثلها كان كالبيع بضمن المثل » وجاء في أصول الفتيا للخشنى ص ٢٥٠ « قال محمد : أصل مذهب مالك بن أنس وجميع الرواة من أصحابه أن حكم المريض في مرضه كحكم الصحيح في بيعه وشرائه وقبضه وإعطائه وإنكاحه وإقراره ووجوه إنفاقه ما لم يكن في شيء من ذلك محاباة يدخل في باب المعروف فإن كان شيء من ذلك فهو في ثلثه » .

(٣) انظر المغني لابن قدامة ٣١٩/٥ ، والفروع لابن مفلح ٦٦٩/٤ ، والمبدع ٣٨٧/٥ ، والمحرر في الفقه لأبي البركات =

صدقة ووقف وعتق ونحو ذلك - كما سيأتي^(١) .

والمحاباة^(٢) في البيع داخله في التبرع لكن لما كان للعلماء في المحاباة في البيع بعض التفصيل خلافا لغيرها من التصرفات العقدية رأينا أن نفصل القول في ذلك فنقول :

بيع المريض لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : أن يكون مع وارث .

الأمر الثاني : أن يكون مع غير وارث .

فإن كان بيع المريض أو شراؤه مع وارث فلا يخلو ذلك من ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يكون بيع المريض على وارثه بأكثر من ثمن المثل ، أو يكون شراء المريض من وارثه بأقل من ثمن المثل ، فالبيع والشراء في هذه الحالة جائز باتفاق العلماء^(٣) .

الحالة الثانية : أن يكون بيع المريض على وارثه بمثل قيمة المثل وكذلك الشراء منه فللعلماء في هذه المسألة قولان :

القول الأول : صحة البيع والشراء وبهذا قال الحنابلة والشافعية والمالكية وصاحباً أبي حنيفة جاء في المغني « بيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع بثلث المثل سواء كان لوارث أو لغير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد »^(٤) .

= ٣٧٦/١ ، والإنصاف للمرداوي ١٧١/٧ ، ١٧٢ ، ومطالب أولي النهى ٤١٨/٤ ، وروضة الطالبين للنووي ١٣١/٦ ، وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٣٥٠ ، والتاج والإكليل للمواق ٧٨/٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٧/٣ .

(١) انظر ص ٣٤٩ من هذا البحث .

(٢) المحاباة لغة المسامحة من حبوت الرجل حباء بالمد والكسر أعطيته الشيء بغير عوض . المصباح المنير ١٣٠/١ . وعرفها ابن قدامة بقوله : هي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه .

انظر : المغني ٩٢/٦ ، وانظر : روضة الطالبين للنووي ١٣٢/٦ .

(٣) انظر المبسوط للسرخسي ١٥٠/١٤ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٧/٣ ، وروضة الطالبين للنووي ١٣١/٦ ، والهداية لأبي الخطاب ٢١٥/١ .

(٤) ٣١٩/٥ وانظر : المحرر في الفقه لأبي البركات ٣٧٩/١ ، والإنصاف للمرداوي ١٧١/٧ ، والمبدع لابن مفلح ٣٨٧/٥ .

وجاء في روضة الطالبين « البيع بثمن المثل نافذ من رأس المال سواء باع للوارث أم لغريمه أم لغيرهما »^(١).

وجاء في التاج والإكليل « بيع المريض وشرائه جائز إلا أن تكون فيه محاباة »^(٢).

وجاء في المبسوط « بيع المريض من وارثه ... يجوز في قولهما »^(٣).

ويوجه أصحاب هذا القول ما ذهبوا إليه بما يلي :

أ - أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثلث ، وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتن لا يمنع التصرف في غيره ، والحجر على المفلس لا يمنع التصرف في ذمته^(٤).

ب - أنه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة عن شيء مما تعلق به حقهم ، وهو المالية ، والوارث والأجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه يبدنه ، يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للأجنبي ، ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الأجنبي في جميع ماله ، ولا يكون ذلك وصية بشيء فكذلك مع الوارث ، يوضحه أنه إذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز ، وهو ممنوع في مثل هذه الحالة من الوصية بشيء من ماله ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث^(٥).

القول الثاني : أن بيع المريض بثمن المثل موقوف على إجازة الورثة وبه قال أبو حنيفة ، وهو احتمال عند الحنابلة ذكره أبو الخطاب^(٦).

(١) ١٣١/٦ .

(٢) ٧٨/٥ وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٧/٣ .

(٣) ١٥٠/١٤ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣١٩/٥ .

(٥) المبسوط للسرخسي ١٥٠/١٤ .

(٦) أبو الخطاب : محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني أبو الخطاب البغدادي أحد أئمة المذهب وأعيانه

ولد سنة ٤٣٢ هـ وسمع الحديث من الجوهري والعشاري والقاضي أبي يعلى ، ودرس في الفقه على القاضي أبي يعلى

ولزمه حتى برع في المذهب والخلاف توفي سنة ٥١٠ هـ له مصنفات منها « الهداية » في الفقه و « الخلاف الكبير

المسمى الانتصار لمذاهب الكبار » و « التهذيب » في الفرائض و « التمهيد » في أصول الفقه و « العبادات الخمس » .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة ١١٦/١ - ١١٨ والنجوم الزاهرة ٢١٢/٥ .

قال السرخسي : « بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة » والمراد بقول السرخسي لا يجوز أي لا ينفذ لأن السرخسي قال بعد ذلك : « ويجوز في قولهما لأنه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة ... وأبو حنيفة يقول : « أثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة »^(١) .

فظهر أن أبا حنيفة يرى أنه محجور عليه لحق سائر الورثة ، وعليه فإن تصرفه موقوف فإذا أمضاه الورثة نفذ وإلا رده .

وفيما يتعلق باحتمال وقفه على الإجازة عند الحنابلة جاء في الهداية « معاوضة المريض بثلث المثل صحيحة من رأس المال ولا فرق بين الوارث والأجنبي ، ويحتمل أن لا يصح مع الوارث إلا أن يجيز الورثة »^(٢) .

ووجه القول بأن بيع المريض بثلث المثل على وارثه موقوف على إجازة ورثته : أن البائع قد أثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة ، كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث ، وهذا لأن حق الورثة يتعلق فيما بينهم كما يتعلق بالمالية ، وعلى هذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئاً لنفسه بنصيبه من الميراث ، لا يملك ذلك إلا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إثارة البعض بشيء من ماله رد إليه قصده ، فكذلك إذا قصد إثارة بالعين^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : لا نسلم أن المريض محجور عليه عن البيع بثلث المثل على وارث لأن بيعه بثلث المثل جائز على غير الوارث ، فكذلك الوارث لأن حق الورثة متعلق بالمالية ، والمالية لم ينقص منها شيء مادام البيع بثلث المثل ، ودعوى أن في ذلك إثارة لبعض الورثة بعين من أعيان ماله مردود بالمثل بالثلث ، فالمشتري يستطيع شراء ما يماثلها بثلثها من غيره كما يستطيع أن يشتريها منه أو من الأجنبي بذلك الثمن .

(١) المبسوط ١٤/١٥٠ وجاء في الفتاوى الهندية ٣/١٥٤ « من الموقوف إذا باع المريض في مرض الموت من وارثه عينا من أعيان ماله إن صح جاز بيعه ، وإن مات من ذلك المرض ، ولم تجز الورثة بطل البيع » .

(٢) ١/٢١٥ ، وجاء في المحرر لأبي البركات ١/٣٧٩ « لو باع المريض من وارث بثلث المثل صح وقيل : لا يصح إلا بإجازة » .

(٣) المبسوط ١٤/١٥٠ .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن يبيع المريض بثلثي المثل على وارثه صحيح ، لعدم ورود التهمة في جانب المريض البائع بمحاباة وارثه ، ولأن حق الورثة متعلق بالمالية ، والمالية لم ينقص منها شيء .

الحالة الثالثة : أن يكون يبيع المريض بأقل من قيمة المثل وشرائه بأكثر من ثمن المثل فهذه هي المحاباة . وللعلماء فيها ثلاثة أقوال :

القول الأول ، أن البيع صحيح في الجميع - في القدر الزائد على ثمن المثل وهو المحاباة وفي المبيع - ويقف على إجازة الورثة وهو قول للحنابلة مشهور عند الأصحاب^(١) ، وبه قال بعض الشافعية - إلا أنهم قالوا إذا كانت المحاباة يسيرة فلا شيء فيها - وهو قول الحنفية^(٢) .

أما فيما يتعلق برأي الحنابلة فقد جاء في المقنع « وإن حابى وارثه فقال القاضي^(٣) : يبطل في قدر ما حاباه ويصح فيما عداه »^(٤) قال في الإنصاف : « وهو الصحيح من المذهب قال الحارثي^(٥) : ويأتي في باب الوصايا أن الأشهر للأصحاب انتفاء النفوذ عند

(١) استثنى بعض الحنابلة ما إذا آجر المريض نفسه وحابى المستأجر فإنه يصح مجانا ، انظر كشف القناع ٢٧٦/٤ .
(٢) استثنى الحنفية من محاباة المريض ما إذا آجر داره بأقل من أجره المثل قالوا: تجوز الإجارة من جميع ماله ولا تعتبر من الثلث لأنه لو أعارها وهو مريض جازت ، فإجارة بأقل من أجره المثل أولى قال الطرسوسي: وهذه المسألة خالفت القاعدة فإن الأصل أن المنافع تجري مجرى الأعيان ، وفي البيع يعتبر من الثلث اعتبارا للفرع بالأصل ، والفرق أن البيع عقد لازم يتعلق بعين المال ، وقد تعلق به حق الورثة ، والإجارة تتعلق بالمنفعة وتنفسخ بالموت فلا يتصور التعلق بعده « ا . ه .

حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٥ .

(٣) القاضي : أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد أبو خازم ، ويعرف بابن الفراء القاضي الكبير إمام الحنابلة ولد سنة ٣٨٠ هـ وتوفي والده وهو صغير ، ودرس على الشيخ أبي عبد الله بن حامد فقه الحنابلة ، وأخذ عن جماعة من العلماء القرآن وعلومه ، والحديث والفتاوى ، وبرع في ذلك ، توفي سنة ٤٥٨ هـ .

له مصنفات منها : « عيون المسائل » و « العدة في أصول الفقه » و « الروايتين والوجهين » و « الجامع الصغير » و « مسائل الخلاف على مذهب أحمد » .

انظر : طبقات الحنابلة ١٩٣/٢ ، المنهج الأحمد ١٠٧/٢ .

(٤) ٣٤٧/٢ .

(٥) الحارثي : هو مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد بن عياش الحارثي البغدادي ، ثم المصري الفقيه المحدث أبو محمد وأبو عبد الرحمن ، والحارثي نسبة إلى الحارثية إحدى قرى غربي بغداد ولد سنة ٦٥٢ هـ وتوفي سنة ٧١١ هـ .
انظر : ذيل طبقات الحنابلة ٣٦٣/٢ ، ٣٦٤ .

عدم الإجازة، فيقيد ما قال هنا من البطلان بعدم الإجازة»^(١).

وفيما يتعلق بقول بعض الشافعية جاء في روضة الطالبين « إن باع بمحابة فإن كانت يسيرة يتسامح بمثلها كان كالبيع بثمن المثل ، وإن كانت أكثر من ذلك فإن كانت لوارث فهي وصية لوارث »^(٢).

وفي الوصية للوارث عند الشافعية قولان: أحدهما: أنها تصح موقوفة على إجازة الورثة^(٣).

وبالنسبة لمذهب الحنفية جاء في الاختيار لتعليل المختار « العتق في المرض والهبة والمحابة وصية »^(٤).

والوصية للوارث عند الحنفية موقوفة على إجازة الورثة^(٥).

ويوجه أصحاب هذا القول ما ذهبوا إليه بقولهم: إن المحابة للوارث حكمها حكم الوصية له بجامع أن كلا منهما تبرع ، والوصية للوارث عندهم تصح وتقف على إجازة الورثة^(٦).

القول الثاني : أن البيع باطل ، وبه قال المالكية ، جاء في الشرح الكبير للدردير « إن حابى في المالية فمن ثلثه إن مات وكانت لغير وارث وإلا بطلت »^(٧).

وجه هذا القول : أنها عطية لوارث ، والعطية في المرض عندهم باطلة لأن حكمها حكم الوصية ، والوصية للوارث باطلة على المشهور عندهم^(٨).

(١) ١٧٢/٧ - ١٨٣ وجاء في المغني لابن قدامة ٣٢٠/٥ « القول الثالث أن يصح في الجميع - أي في قدر المحابة من البيع وفيما يقابل الثمن المسمى - ويقف على إجازة الورثة » .

(٢) ١٣١/٦ .

(٣) انظر المذهب للشيرازي ٤٥٨/١ .

(٤) الاختيار لتعليل المختار ٧٢/٥ وانظر حاشية الطحاوي على الدر المختار ٣٢٨/٤ .

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣٧٠/٣ ، والهداية للمرغيناني ٣٢/٢ .

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٣٢٠/٥ ، وروضة الطالبين للنووي ١٣١/٦ ، والمبسوط للسرخسي ١٥٠/١٤ .

(٧) ٣٠٧/٣ وانظر الكافي لابن عبد البر ٧٢٣/٢ .

(٨) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣٨٠/٤ ، والفواكه الدواني ١١٤/٢ .

القول الثالث : أن البيع يبطل في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى ،
وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ وهو قول عند الحنابلة .

جاء في المغني ٣ القول الثاني : البيع يبطل في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن
المسمى وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ ^(١) ووجه هذا القول : أن الصفقة ^(٢)
تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قيل بالصحة لأن البطلان إنما جاء من
المحاباة فاختص بما يقابلها ^(٣) .

ويمكن أن يناقش بطلان البيع في قدر المحاباة بأن يقال: إن العقد واحد في الجميع ،
فكيف يبطل في جزء منه ويصح في الجزء الآخر ؟ كما أن المحاباة وهي الزيادة على ثمن
المثل حق للورثة فكان الأولى أن توقف على إجازتهم .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن البيع الذي فيه محاباة موقوف على إجازة الورثة
لأن فيه حماية لحق الوارث ، وذلك بوقف البيع على إجازته كما أن فيه اعتبارا لعبارة المريض
وعدم إلغائها ^(٤) .

(١) المغني لابن قدامة ٣١٩/٥ .

(٢) الصفقة : المرة وهي ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه . وهي أن يجمع بين
ما يجوز بيعه وما لا يجوز ولها عند الحنابلة ثلاث صور :

إحداها : أن يبيع معلوما ومجهولا يتعذر علمه فلا يصح .

الثانية : أن يبيع مشاعا بينه وبين غيره كعبد مشترك بينهما ففيه قولان: أحدهما : يصح وهو قول الأكثر وهو
الصحيح من المذهب، والثاني : لا يصح لأن الصفقة جمعت حراما وحلالا فغلب الحرام .

والثالثة : أن يبيع عبده وعبد غيره بغير إذنه أو عبدا وحرًا أو خلا وخمرا ففيه روايتان : أولاهما : لا تصح لأن
الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب الحرام . ولأن الثمن مجهول لكونه إنما يعلم بالتقسيت على القيمة وهو مجهول
في الحال فلم يصح ، والأخرى يصح في عبده وفي الخل لأن كل واحد منهما له حكم منفرد فإذا اجتمعا بقيا على
حكمهما ، قال ابن مفلح: والأشهر الأول . ١ . هـ المبدع ٣٨/٤ ، ٣٩ ، وانظر « تهذيب اللغة » للأزهري ٣٧٨/٨ ،
و « المغرب في ترتيب المغرب » ٣٠٣/١ ، والمصباح المنير ٣٦٧/١ مادة (صفق) .

(٣) المغني لابن قدامة ٣١٩/٥ .

(٤) وأما قياس المالكية البيع الذي فيه محاباة للوارث على الوصية للوارث فمسلم، لكن لا نسلم أن الوصية للوارث
باطلة بل نقول: إنها موقوفة على إذن الورثة انظر ص ٣٢٩ من هذا البحث .

الأمر الثاني : وهو أن يكون بيع المريض وشرائه مع غير الوارث ، فإن كان البيع والشراء بثمن المثل ، أو كان البيع بأكثر ، والشراء بأنقص من ثمن المثل فإن البيع والشراء صحيحان بلا نزاع بين العلماء^(١) .

أما إن كان بيع المريض بأقل من ثمن المثل ، أو كان شراؤه بأكثر من ثمن المثل ، وذلك مع غير الوارث ، فإن نقص بيعه عن ثمن المثل ، وزيادة شرائه عن ثمن المثل تعتبر محاباة وسن فصل آراء العلماء فيها :

فالحنابلة : يرون أن المحاباة إذا كانت بقدر الثلث ينفذ البيع ، أما إذا زادت على الثلث فإنها توقف على إجازة الوارث ، فإن أجاز نفذ البيع ، وإن لم يجز فالمشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع لأن الصفقة تبعضت عليه ، وبين أن يختار إمضاء البيع فإن اختار ذلك ، فللحنابلة وجهان في ذلك :

الأول : لابن قدامة : وهو أن يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ، ويفسخ البيع في الباقي لأن في ذلك مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه .
الثاني : للقاضي وهو أن يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله ؛ لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن^(٢) .

وأما الشافعية فيرون أن المحاباة إذا خرجت من الثلث نفذ البيع ، فأما إن كانت تزيد

(١) انظر الهداية لأبي الخطاب ٢١٥/١ ، والإنصاف للمرداوي ١٧٢/٧ ، ١٧٣ ، وروضة الطالبين للنووي ١٣١/٦ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٧/٣ والمبسوط للسرخسي ١٥٠/١٤ .

(٢) جاء في المغني لابن قدامة ٩٢/٦ ، ٩٣ « لو باع في مرضه عبدا لا يملك غيره ، قيمته ثلاثون بعشرة فقد حاي المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ، ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة ، والثلث الآخر بالثمن . ولنا أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في إحدهما لعيب أو غيره ... وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فياً أخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال: بعثك هذا بمائة فقال: قبلت نصفه بها ، ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه بقدره من ثمنه ، ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه » ا . هـ بتصرف .

على الثلث فإنها توقف على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت لأن الحق لهم ، وإن لم يجيزوها فإن المشتري يكون مخيرا بين فسخ البيع وإمضائه ، فإن اختار إمضاء البيع بطل في الزائد على مقدار الثلث، أما ما يخرج من الثلث ففيه طريقان أصحهما : أنه على قولي تفريق الصفقة^(١) .

الثاني : القطع بالصحة وهو الأصح، جاء في روضة الطالبين « إن كانت - أي المحاباة - لوارث فهي وصية وإلا فمعتبرة من الثلث ، فإن لم تخرج من الثلث فإن أجاز الوارث نفذ البيع في الكل وإلا بطل فيما لا يخرج ، وفيما يخرج طريقان »^(٢) . وقد ذكر الطريقتين في المجموع شرح المذهب فقال : أصحهما عند الجمهور أنه على قولي تفريق الصفقة ، الثاني القطع بالصحة وصححه البغوي^(٣) ؛ لأن المحاباة هنا وصية^(٤) .

وأما المالكية فيرون أن المحاباة إذا وسعها الثلث نفذت وإلا نفذ منها ما حمله الثلث ، أما الباقي فإنه يبطل، جاء في الشرح الكبير « إن حابى في المالية فمن ثلثه إن مات وكانت لغير وارث وإلا بطلت » قال الدسوقي : قوله : « فمن ثلثه » أي فتنفذ تلك المحاباة من ثلثه ، فإن وسعها مضت بتمامها وإن لم يسعها نفذ منها محمل الثلث فقط »^(٥) .

وفي المذهب الحنفي : إذا كانت المحاباة بمقدار الثلث نفذت وأما ما زاد على الثلث

(١) القولان في تفريق الصفقة عند الشافعية هما : أولا : صحة البيع في ملكه وبطلانه فيما عداه . ثانيا : البطلان في الجميع . جاء في مغني المحتاج ٤٠/٢ « لو باع في صفقة واحدة حلالا وحراما كأن باع مذكاة وميتة ، أو خلا وخمرا ، أو شاة وخنزيرا ، أو عبدا وحرًا ، أو عبده وعبده غيره أو مشتركا بغير إذن الشريك الآخر صح البيع في ملكه من الخل والشاة ، وعبده وحصته من المشترك ، وبطل في غيره في الأظهر ، والثاني يبطل فيهما » . وانظر روضة الطالبين للنووي ٤٢٠/٣ .

(٢) ١٣١/٦ ، ١٣٢ .

(٣) البغوي : الإمام الحافظ الفقيه المجتهد محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء الشافعي ، تفقه على القاضي حسين صاحب التعليقة ، وحدث عنه ، وعن أبي عمر عبد الواحد بن أحمد المليحي وعلي بن يوسف الجويني ، توفي بمدينة مرو الروذ سنة ٥١٦ هـ .

له مؤلفات منها : « معالم التنزيل » في التفسير و « شرح السنة » و « التهذيب » .

انظر : تذكرة الحفاظ ١٢٥٧/٤ - ١٢٥٩ رقم الترجمة ١٠٦٢ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٧٥/٧ - ٨٠ رقم

الترجمة ٧٦٧ .

(٤) ٣٨٧/٩ .

(٥) الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي عليه ٣٠٧/٣ .

فإنه يتوقف على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه لم ينفذ ، جاء في الاختيار لتعليل المختار « المحاباة وصية تعتبر من الثلث لأنها تبرعات في المرض بما تعلق به حق الورثة »^(١) . والوصية لغير وارث عندهم بما زاد على الثلث موقوفة على إجازة الورثة^(٢) .

وخلاصة ما سبق أن علماء المذاهب الأربعة يرون أن محاباة المريض لغير وارث إن خرجت من الثلث نفذت لأن الثلث حق للمريض ، أما ما زاد على الثلث فالجمهور من علماء المذاهب الثلاثة عدا المذهب المالكي يرون أنها موقوفة على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذت وأما إذا لم يجيزوها فلهم في ذلك تفصيل ذكرناه فيما سبق ، والمالكية يعتبرونها في حكم الوصية بأكثر من الثلث، والوصية عندهم بأكثر من الثلث لغير وارث باطلة على القول المشهور^(٣) ، ومخالفوهم لا يسلمون بأن الوصية لغير وارث بأكثر من الثلث باطلة بل يرون أنها موقوفة على إجازة الورثة^(٤) .

(١) ٧٢/٥ وانظر بدائع الصنائع للكاساني ٣٦٩/٧ ، ٣٧٠ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٨٢/٦ ، ١٨٣ .
(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٢٣٣/٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٨٢/٦ ، ١٨٣ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٣٨/٧ ، والعناية بهامش تكملة فتح القدير ٤٢٦/٨ - ٤٢٧ .
(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ١٠٢٤/٢ ، وشرح الخرشي على خليل ١٧١/٨ ، والبهجة في شرح التحفة ٣١٢/٢ ، والشرح الكبير للدردير ٣٨٠/٤ .
(٤) انظر : الهداية للمرغيناني ٢٣٣/٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٨٣/٦ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٣٨/٧ ، والمهذب للشيرازي ٤٥٨/١ ، وروضة الطالبين للنووي ١٣١/٦ ، والمغني لابن قدامة ٣٢٠/٥ ، وانظر ص ٣٣٢ ، ٣٣١ من هذا البحث .

الفصل الخامس

بيع الراهن الرهن بعد القبض لغير المرتهن وبدون إذنه

المبحث الأول : التعريف بالرهن والراهن والمرتهن

الرهن في اللغة : يطلق على الحبس يقال : هذا رهن لك أي دائم محبوس عليك .
قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾^(١) أي محبوسة بعملها وكسبها . ويطلق لفظ الرهن على الثبوت والدوام يقال : نعمة راهنة أي دائمة ، وماء راهن أي راكد وثابت بمعنى الدوام ، كما يطلق ويراد به لزوم الشيء ، جاء في الحديث أنه ، صلى الله عليه وسلم ، قال : « كُلُّ غَلامٍ رَهِينٌ بِعَقِيْقَتِهِ تَذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ »^(٢) والمعنى أن العقيقة لازمة له فشبه العقيقة في لزومها له ، وعدم انفكاكه عنها بالرهن في يد المرتهن ، والرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك^(٣) .

والرهن عند الفقهاء : هو جعل ما يمكن استيفاء الدين منه ، أو من ثمن منافعه - وثيقة - في حق متمول^(٤) .

والراهن : هو المدين الذي يسلم العين المرهونة .
والمرتهن : هو الدائن الذي يأخذ العين المرهونة للاستيثاق^(٥) .

(١) سورة المدثر آية ٣٨ .
(٢) الحديث أخرجه النسائي في سننه ١٦٦/٧ .
(٣) معجم مقاييس اللغة ٤٥٢/٢ ، القاموس المحيط ٢٢٦/٤ ، لسان العرب ٤٨/١٧ ، ٤٩ ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٨٥/٤ ، مادة رهن .
(٤) انظر الفواكه الدواني ١٨١/٢ ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ١٢٢/٢ .
(٥) انظر المغني لابن قدامة ٣٦٦/٤ .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع الراهن الرهن بعد القبض لغير المرتن وبدون إذنه

للفقهاء في بيع الراهن الرهن لغير المرتن وبدون إذنه ثلاثة أقوال : -

القول الأول : أن بيع الراهن موقوف على إجازة المرتن ، وبه قال الحنفية^(١) وبعض علماء المالكية وهو رأي في مذهب الحنابلة .

أما فيما يتعلق بمذهب الحنفية فقد جاء في الهداية « إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتن فيتوقف على إجازته »^(٢) .

(١) القول بأن بيع الراهن موقوف هو المعتمد - فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية - بل إن بعضهم لا يذكر في ذلك غيره انظر : المستصفى للنسفي ورقة ١٣٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ١٤٦/٦ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ٢٦٠/٢ ، والهداية للمرغيناني ١٧٥/٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٨٤/٦ ، ورمز الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٢٩/٢ وشرح مصطفى الطائي على الكنز ، مطبوع بهامش رمز الحقائق نفس الصفحة السابقة . والجوهرة النيرة ٢٨٣/١ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٢٤٧/٤ ، والاختيار لتعليل المختار ٦٩/٢ ، وكشف الحقائق للأفغاني ٢٦٠/٢ .

وقد ورد في بعض كتب الحنفية ما يفيد أنه فاسد لكن قال بعض العلماء المحققين : الصحيح أنه موقوف ، وأن مراد من قال إنه فاسد أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه ، وطلب المشتري التسليم إليه ، ومنع المرتن من ذلك . وقال بعضهم : معناه أنه غير نافذ في حق المرتن لازم في حق البائع . جاء في المحيط البرهاني ص ١٠ « اختلفت عبارة الكتب في بيع المرهون ، وقع في بعض الكتب أن بيع المرهون فاسد ووقع في بعضها أن البيع موقوف ، ومن مشايخنا من قال : في المسألة روايتان ، وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف ، ومعنى قولهم : إن بيع المرهون فاسد أي لا حكم له فكان فاسدا في حق الحكم » ١٠ هـ . من الربع الثالث من المحيط البرهاني مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٨٢ ، وذكر السمرقندي في تحفة الفقهاء ٦٦/٢ « أن عبارة علماء الحنفية في بيع الراهن الرهن بغير إذن المرتن قد اختلفت في كتبهم ، ففي بعضها أن البيع فاسد ، وفي بعضها أنه موقوف على إجازة المرتن قال : وهو الصحيح حتى إن الراهن لا يقدر على فسخه » . وجاء في المبسوط للسرخسي ١١/١٣ « في موضع يقول (أي الحاكم الشهيد في كتابه الكافي) بيع المرهون فاسد ، وفي موضع جائز ، والصحيح ما ذكره هنا أنه موقوف ، وتأويل قوله فاسد أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه ، وطلب المشتري التسليم إليه ومنع المرتن من ذلك » ١٠ هـ . وانظر الفتاوى الهندية ١١٠/٣ وبناء على ما سبق فإنني لم أذكر إلا ما اعتمد في كتب الحنفية وصححه المحققون من علمائهم وهو أن بيع الراهن الرهن بدون إذن المرتن موقوف .

(٢) المرغيناني ١٤٥/٤ ، وجاء في المستصفى للنسفي ورقة ١٣٤ « أن حق المرتن متعلق بعينه (أي بعين المرهون) فيتوقف على إجازة المرتن ، وإن كان الراهن متصرفا في ملكه كمن أوصى بجميع ماله يتوقف على إجازة ورثته فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به » . وجاء في البدائع للكاساني ١٤٦/٦ « ليس للراهن أن يبيعه من غير المرتن بغير إذنه لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتن » . وجاء في جامع الفصولين ٩٢/٢ « يفتى بأن بيع الرهن لم ينفذ في حق المرتن برضا الراهن » .

ووقف البيع عندهم يزول بأمور :

أولا : قضاء الرهن دين المرتهن .

ثانيا : إبراء المرتهن الرهن من الدين ، وبهما ينفذ العقد لزوال المانع ووجود المقتضي وهو التصرف الصادر من الأهل ، الواقع في المحل .

ثالثا : إجازة المرتهن ، جاء في الاختيار لتعليل المختار « يتوقف إبطال الرهن على رضاه أي المرتهن أو زوال حقه فإذا أجاز فقد رضي بزوال حقه في الحبس فعمل المقتضي عمله ، وهو صدور الركن من الأهل مضاف إلى المحل »^(١) .

وفي الأمرين الأولين وهما قضاء الرهن دين المرتهن أو إبراء المرتهن للرهن يسقط الرهن؛ لأن المرتهن قد رضي بسقوط حقه في حالة الإبراء ، وأسقطه الرهن في حالة قضاء الدين ، أما في الأمر الثالث وهو إجازة المرتهن بيع العين المرهونة فإن ثمنها يصير رهنا سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنا أولا - في ظاهر الرواية - لأن الثمن بدل الرهن فينتقل به حق المرتهن إلى بدله؛ لأن حقه قد تعلق بمالية الرهن ، والبديل له حكم المبدل ، ويروى عن أبي يوسف أن الثمن لا يكون رهنا إلا بالشرط ، لأن الثمن ليس رهنا في الحقيقة ، وإنما الرهن في الحقيقة هو العين المباعة ، وقد زال حقه ببيعها ، وملك الرهن الثمن بسبب جديد ، فإذا شرط أن يكون الثمن رهنا أظهر أنه لم يرض بزواله إلا ببذله ، قال الزيلعي : « إذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى الثمن فيكون محبوسا بالدين ، وعن أبي يوسف ، رحمه الله ، أن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهنا عند الإجازة كان رهنا وإلا فلا ، لأنه بالإجازة نفذ البيع وملك الرهن الثمن ، وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا إلا بالشرط .

(١) ٦٩/٢ ، وجاء في الفتاوى الهندية ٤٦٢/٥ « وإذا قضى الدين بطل حقه في الحبس ونفذت التصرفات كلها ، ولو أجاز المرتهن تصرف الرهن نفذ الرهن وخرج من أن يكون رهنا والدين على حاله » .

وجاء في الجوهرة النيرة ٢٨٣/١ « إن أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه ، وإن قضاه الرهن جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ ، وتصرفه صدر من الأهل في المحل » وجاء في درر الحكام بشرح غرر الأحكام ٢٥٦/٢ « إن أجاز المرتهن أو قضى الرهن دينه نفذ ، أما الأول فلأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه ، وأما الثاني فلأن المانع من النفوذ قد زال والمقتضي وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل موجود » .

وجاء في حاشية ابن عابدين (رد المختار) « لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجازة نفذ البيع ، وكذا المرتهن إذا قضى دينه » .

وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ، ومحل لحقه لأن حقه متعلق بالمالية، وللبدل حكم المبدل ، فوجب انتقال حقه إليه كالعبد المدين إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل من غير شرط لما ذكرنا ... بخلاف ما ذكر فإن الأجرة ليست ببديل حقه لأن حقه في العين وهي بدل المنفعة فلا ينتقل حقه إليها ^(١) .

وأما إذا لم يجز المرتن بيع الراهن فيروني عن محمد أن للمرتن الفسخ ، ويوجه ذلك بأن حق المرتن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ .
والأصح عند جمهور الحنفية أنه ليس له حق الفسخ ، ولو فسخه لم ينفذ ، ويعللون القول بعدم الفسخ بأن ثبوت حق الفسخ له من أجل صيانة حقه ، وحقه في الحبس لا يبطل ببقاء عقد البيع موقوفا ، وإذن يبقى موقوفا رعاية للطرفين .
أما المشتري من الراهن فهو مخير بين أمرين :

أ - إما أن يصبر حتى يفتك الراهن الرهن ؛ لأن عجز الراهن عن تسليم المبيع مقدور على شرف الزوال .

ب - أو أن يرفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم ، ولأن ولاية الفسخ له لا إلى المشتري ، جاء في تبين الحقائق « إن لم يجز المرتن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة ^(٢) عن محمد ، رحمه الله ، حتى إذا افتكه الراهن

(١) تبين الحقائق ٨٤/٦ ، وجاء في البدائع للكاساني ١٤٦/٦ « إذا رضي بطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سواء شرط المرتن عند الإجازة كونه رهنا أولا ، وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون رهنا إلا بالشرط لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة ، بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالمبيع إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهونا لم يرض بزوال حقه عنه إلا ببدل وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا » .

وانظر : المبسوط للسرخسي ١١/١٣ ، والجوهرة النيرة ٢٨٣/١ ، وشرح متن الوقاية لصدر الشريعة ٢٦٠/٢ ، وشرح العيني على الكنز ٢٢٩/٢ ، وشرح مصطفى الطائي على الكنز (مطبوع بهامش شرح العيني بنفس الصفحة السابقة) وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٢٤٧/٤ ، والفتاوى الهندية ١١٠/٣ .

(٢) ابن سماعة : محمد بن عبد الله بن هلال بن وكيع أبو عبد الله التميمي ، حدث عن الليث بن سعد ، وأبي يوسف ومحمد وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن بن زياد ، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد وله كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضرات والسجلات . ولد سنة ١٣٠ هـ وتوفي سنة ٢٣٣ هـ .

انظر : تاج التراجم لابن قطلوبغا ص ٥٤ رقم الترجمة ١٦٠ ، والفوائد البية في تراجم الحنفية للكنوي ص ١٧٠ .

لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ ، وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه ... ووجهه أن الامتناع لحقه كيلا يتضرر ، والتوقف لا يضره لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفا ، ثم المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال ، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم ولأن ولاية الفسخ له لا إلى البائع ^(١) .

أما فيما يتعلق بالمذهب المالكي فقد جعل بعض الفقهاء منهم بيع الراهن بغير إذن المرتهن موقوفا ، وجعله بعضهم موقوفا في بعض الصور ، قال ابن عبد البر ^(٢) : « من رهن رهنا ، وقبضه المرتهن لم ينفذ فيه للراهن بيع إلا بإذن المرتهن ، فإن باعه بإذنه جاز بيعه وقضى المرتهن حقه ، وإن باعه بغير إذنه ، وأجاز المرتهن بيعه وقف الثمن إلى الأجل ، ولم يعجل للمرتهن حقه قبل الأجل إلا أن يشاء الراهن أن يعطيه حقه كاملا من ثمن الرهن » ^(٣) .

(١) ٨٤/٦ ، وجاء في المبسوط ١١/١٣ « إذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففي إحدى الروايتين يفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك ، ومن باع ملك الغير فإن أجاز المالك تم البيع ، وإن فسخ انفسخ فهذا مثله ، وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ... (لأن) للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس إلى أن يصل إليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد إنما كان ذلك إلى القاضي إذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فإنه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا » ١ . هـ .

وانظر : الفتاوى الخانية ١٧٧/٢ ، والجوهرة النيرة ٢٨٣/١ ، والفتاوى الهندية ١١٠/٣ ، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢٥٦/٢ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٢٤٧/٤ ، وشرح العيني على الكنز ٢٢٩/٢ ، وشرح مصطفى الطائي على الكنز بهامش شرح العيني (الصفحة السابقة) ، وكشف الحقائق للأفغاني ٢٦٠/٢ .

(٢) ابن عبد البر : هو الحافظ الإمام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر بن عاصم النخعي القرطبي ، ولد سنة ٣٦٨ هـ وطلب الحديث وساد أهل زمانه في الحفظ والإتقان .

قال الباجي أبو الوليد : لم يكن بالأندلس مثله في الحديث . توفي سنة ٤٦٣ هـ وله من العمر ٩٥ سنة . له مصنفات منها : « التمهيد » شرح الموطأ و « الاستذكار » مختصره و « الاستيعاب » في الصحابة و « الأنساب » و « الكافي » في الفقه وغير ذلك .

انظر تذكرة الحفاظ ١١٢٨/٣ رقم الترجمة ١٠١٣ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٣٢ رقم الترجمة ٩٨٠ .

(٣) الكافي ٨١٩/٢ ، وجاء في الفروع لابن الحاجب ورقة ١٣٦ « المرهون يقف على رضا المرتهن » وجاء في الشامل لبهرام ص ٢٩٢ « ووقف مرهون على رضا مرتهنه » .

وانظر أسهل المدارك للكشناوي ٢٧٦/٢ .

وما ذكره ابن عبد البر من فقه المالكية يتفق مع ظاهر الرواية في المذهب الحنفي من كون الرهن إذا بيع بغير إذن المرتهن وأجاز المرتهن بيعه يكون ثمنه رهنا ويوقف بدل الرهن لأن البدل له حكم المبدل .

إلا أن بعض المالكية كما ذكرنا لا يجعلون تصرف الراهن موقوفا مطلقا وإنما يجعلونه موقوفا في بعض الحالات ويمكن أن نجملها فيما يأتي :

أولا : أن يكون الدين عرضا من بيع أو عرضا من قرض ، أو يكون الدين عينا وقد تصرف الراهن في العين المرهونة ببيع ونحوه وكان البيع أقل من الدين ولم يكمل له ما نقص من الدين ، خير المرتهن بين أن يرد المبيع ، ويرجع الرهن لما كان عليه من الرهنية أو يجيزه ويأخذ الثمن ويطالب ببقية دينه .

ثانيا : أن يكون الدين عرضا من بيع وقد تصرف الراهن في العين المرهونة ببيع ونحوه وكان الثمن مساويا للدين المرتهن أو أكثر فإن المرتهن يخير بين رد البيع وإمضائه فإن رد بيعه رجع رهنا ، وإن أمضاه عجل الدين .

جاء في الشرح الكبير « إن باعه بعد قبض المرتهن له فللمرتهن رد المبيع فيكون رهنا إن بيع بأقل من الدين ولم يكمل له ما نقص ، والدين عين مطلقا ، أو عرض من قرض ، أو بيع بمثل الدين فأكثر ، ودينه عرض من بيع ، إذ لا يلزم قبول العرض قبل أجله ، ولو بيع بقدر الدين ؛ إذ الأجل فيه من حقهما بخلاف العرض من قرض فإن الأجل فيه من حق المقرض »^(١) .

وأما الحنابلة فيرى بعضهم أن بيع الراهن صحيح لازم في حق الراهن وأما في حق المرتهن فإنه يعتبر موقوفا على سماحه . جاء في الفروع « وفي طريقة بعض أصحابنا يصح بيع الراهن له ويقف لزومه في حق المرتهن كبيع الخيار »^(٢) .

القول الثاني : أن بيع الراهن باطل ، وعقد الرهن صحيح بحاله ، وبه قال الشافعية وهو الصحيح في مذهب الحنابلة . جاء في المهذب « ولا يملك الراهن التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن فإن باعه أو وهبه ... لم يصح ، لأنه تصرف لا يسري إلى ملك

(١) الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي ٢٤٨/٣ ، وانظر مواهب الجليل للحطاب ٢٦٩/٤ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٣٢٩/٣ ، ومنع الجليل على مختصر خليل ٩١/٣ .

(٢) ٢٢٠/٤ .

الغير ، يطل به حق المرتن من الوثيقة ، فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ ^(١) .
وجاء في المغني « وإن تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والإجارة ... فتصرفه باطل
لأنه يطل حق المرتن من الوثيقة » ^(٢) .

القول الثالث : أن بيع الراهن صحيح ، وبه قال أبو يوسف وابن حزم الظاهري
جاء في البحر الرائق « وعن أبي يوسف: ينفذ سواء علم المرتن بالبيع أولا » ^(٣) وجاء
في المحلى « إن مات الرهن .. أو باع الرهن أو وهبه أو تصدق به أو أصدقه فكل ذلك
نافذ ، وقد بطل الرهن وبقي الدين كله بحسبه » ^(٤) .

الأدلة :

دليل القول الأول :

استدل القائلون بأن بيع الراهن الرهن بعد القبض لغير المرتن موقوف على إجازته

(١) الشيرازي ٣١٩/١ ، وجاء في الوجيز للغزالي ٨٨/١ « وهو (أي الراهن) ممنوع من كل تصرف قولي يزيل
الملك كالبيع والهبة » .

وجاء في المحرر للرافعي ورقة ٥٠ « ولا يصح بيع المرهون بغير إذن المرتن » . وجاء في نهاية المحتاج ٢٥٣/٤
« وليس للراهن القبض تصرف مع غير المرتن بغير إذنه يزيل الملك كبيع وهبة إذ لو صح لفاتت الوثيقة فإن كانت
معه أو بإذنه صحت » .

وانظر : الأنوار لأعمال الأبرار ٤١٦/٢ ، وشرح روض الطالب لتركيا الأنصاري ١٥٨/٢ ، وشرح المنهج
لتركيا الأنصاري ٢٨١/٣ ، ومغني المحتاج ١٣٠/٢ ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١٧٤/١ ، وإعانة الطالبين
للبكري ٦٣/٣ ، والسراج الوهاج ص ٢١٧ ، وحاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ٢٧٠/٢ .

(٢) ابن قدامة ٤١٠/٤ وجاء في المحرر لأبي البركات ٣٣٦/١ « ولا يصح تصرفه بغير العتق إلا بالإذن » . وجاء
في المبدع لابن مفلح ٢٢٢/٤ « وتصرف الراهن في الرهن اللازم بالبيع والإجارة ... لا يصح لأنه تصرف يطل
حق المرتن من الوثيقة وليس بمبني على السراية والتغليب فلم يصح بغير إذن المرتن كفسخ الرهن » . وجاء في
الإنصاف للمرداوي ١٥٤/٥ « إن كان تصرف الراهن بغير العتق لم يصح تصرفه مطلقا على الصحيح من المذهب » .
وانظر : المحرر في الفقه لأبي البركات ٣٣٦/١ ، ومنتهى الإرادات لابن النجار ١٤٠٣/١ ، والمقنع لابن قدامة

١٠٤/٢ ، والإقناع للحجاوي ١٥٨/٢ ، والتوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ص ١٧٢ ودليل الطالب للشيخ
مرعي بن يوسف ص ١٢١ ، ونيل المآرب شرح دليل الطالب ١٣٧/١ ، وكشاف القناع ٣٣٤/٣ ، وشرح منتهى
الإرادات ٢٣٤/٢ ، والروض المربع (مع حاشية ابن قاسم) ٦٦/٥ ، وهداية الراغب ص ٣٤٦ ، ومطالب أولي
النهي ٢٦٥/٣ ، والدرر السنية في الأجوبة النجدية ١٣١/٥ ، ومنار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ٣٤٥/١ .
(٣) ٢٩٨/٨ وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ٨٤/٦ « وعن أبي يوسف أنه ينفذ لأنه تصرف في ملكه فصار

كالإعتاق » .

(٤) ٤٩١/٨ .

أو زوال الدين بأن الرهن تعلق به حق المرتهن ، وفي البيع إبطال لحقه ، فلا ينفذ إلا بإجازته ، لرضاه ، أو بقضاء الراهن دينه أو إبراء المرتهن له لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه^(١) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول : من السنة قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) .

توجيه الاستدلال :

يمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن في الحديث نفيا للضرر أيا كان نوعه نفيا عاما ، والنفي في هذا الحديث يفيد النهي عن ارتكاب الضرر ، وبيع الراهن فيه ضرر واضح على المرتهن فيبطل .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إنه يمكن دفع هذا الضرر المحتمل عن المرتهن بوقف بيع الراهن على إجازته ، لأن القول بالإبطال فيه إلغاء لعبارة الراهن ، بخلاف القول بالوقف ففيه مراعاة لكلا الطرفين لعبارة الراهن ، ولحق المرتهن .

الدليل الثاني من المعقول : وهو أن تصرف الراهن يسري إلى ملك الغير ويبطل به حق المرتهن من الوثيقة ، فلم يصح منه بنفسه كالفسخ^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن تصرف الراهن لا يسري إلى ملك الغير إلا في حالة نفاذ تصرفه ، أما إذا قلنا إنه موقوف فإنه لا يسري إلى ملك الغير ، ولا يبطل به حق المرتهن .

(١) انظر تبين الحقائق للزيلعي ٨٤/٦ ، وبدائع الصنائع للكاساني ١٤٦/٦ ، وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٣/٣ .

(٢) استدل بهذا الحديث الشيرازي في المذهب ٣١٩/١ والحديث أخرجه مالك في الموطأ ٧٤٥/٢ ، والإمام أحمد في مسنده ٣١٠/٤ رقم الحديث ٢٨٦٧ (تحقيق أحمد شاكر) وابن ماجه في سننه ٧٨٤/٢ رقم الحديث ٢٣٤١ ، وقال الشيخ ناصر الدين الألباني : إنه حديث صحيح ، انظر إرواء الغليل ٤٠٨/٣ .

(٣) انظر المذهب للشيرازي ٣١٩/١ ، والمبدع لابن مفلح ٢٢٢/٤ ، وكشاف القناع ٣٣٤/٣ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٤/٣ ، ومطالب أولي النهى ٢٦٥/٣ .

أدلة القول الثالث :

أما أصحاب القول الثالث الذين ذهبوا إلى صحة بيع الراهن الرهن لغير المرتهن ، فقد اختلف استدلالهم لما ذهبوا إليه لذا سنعرض دليل كل على حدة .

دليل أبي يوسف :

أما أبو يوسف فاستدل لصحة بيع الراهن بالقياس على الإعتاق ، فكما أن إعتاق الراهن يصح بدون إذن المرتهن فكذلك بيعه ، بجامع أن تصرفه في الإعتاق والبيع تصرف في ملكه^(١) .

مناقشة دليل أبي يوسف :

ونوقش بأن القياس على الإعتاق قياس مع الفارق ، لأن الإعتاق لا يقبل الرد ولا الفسخ ، فكذا التوقف ، وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به ، أو لغيره بأكثر من الثلث^(٢) .

دليل ابن حزم :

استدل الإمام ابن حزم لصحة بيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن بأن البيع مباح للمرء في ماله بنص القرآن والسنة والإجماع المتيقن فينفذ بيع الراهن للرهن مطلقا سواء كان مرهونا أو غير مرهون^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش استدلال ابن حزم بأن يقال : نسلم أن البيع مباح للمرء في ماله بنص

(١) جاء في تبين الحقائق للزيلعي ٤٨/٦ « وعن أبي يوسف أنه ينفذ لأنه تصرف في ملكه فصار كالإعتاق » . وجاء

في شرح الكنز للعيني ٢٤٢/٢ « وعن أبي يوسف أنه ينفذ لأنه تصرف في ملكه فصار كالإعتاق » .

(٢) جاء في تبين الحقائق للزيلعي ٤٨/٦ « والصحيح ظاهر الرواية لأن الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع إبطال

حقه ... وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من

الثلث ، والقياس على الإعتاق غير جائز لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل

حقه في الثمن فيكون محبوسا بالدين » .

(٣) المحلى ٤٩١/٨ .

القرآن والسنة والإجماع ، وذلك قبل الرهن ، أما بعد الرهن فلا ، لأن الراهن برهنه للعين في مقابل الدين يكون قد ألزم نفسه بذلك الرهن ورضي به المرتهن ، فتصرف الراهن فيه يعتبر إخلالا بذلك الالتزام فيوقف على إذن المرتهن .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول، وهو أن بيع الراهن موقوف على إجازة المرتهن لأن فيه مراعاة لكل من الراهن والمرتهن ، ففيه عدم إلغاء عبارة الراهن ، لأنه متصرف في ملكه ، فكان من الواجب احترام عبارته ، كما أن فيه مراعاة لحق المرتهن لأنه يتضرر بتصرف الراهن ، لأن دينه سيبقى بلا رهن لذا فإن وقف التصرف هو الأولى .

الفصل السادس

بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه

المبحث الأول : التعريف بالمؤجر والمستأجر

قبل أن نتكلم على المؤجر والمستأجر لابد أن نشير إلى تعريف الإجارة ، والإجارة في اللغة : بكسر الهمزة وضمها وفتحها والكسر أشهر من أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل ، والأجر الجزاء على العمل والجمع أجور^(١) .
وفي الاصطلاح^(٢) : هي عقد على منفعة مقصودة مباحة معلومة بعوض معلوم .
وقولنا (عقد) معناه : الإيجاب والقبول وهو الصيغة ، ولابد للعقد من عاقد ، والمراد به شيئان المؤجر ، والمستأجر .

فالمؤجر : هو باذل العين المؤجرة للانتفاع بها .
والمستأجر : هو المنتفع بالعين المؤجرة أو الباذل للأجرة .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه

للعلماء في بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه ثلاثة أقوال : -

(١) القاموس المحيط ٣٦٢/١ ، تاج العروس ٧/٣ ، المصباح المنير ٨/١ مادة « أجر » .
(٢) يعرف الفقهاء الإجارة بتعريفات متقاربة في المعنى وإن اختلفت العبارة الدالة على معناها من حيث البيان والتفصيل ، فبعض الفقهاء يزيد في التعريف قيда قد لا يراه الآخر فيحمله وهذا الاختلاف ليس مقصورا على المذاهب الفقهية بل إنه موجود في المذهب الواحد ، ففي مذهب الجنبلة يعرف ابن قدامة الإجارة بأنها بيع المنافع (الكافي ٣١٠/٢) ويعرفها الحجاوي المقدسي في الإقناع ٢٨٣/٢ « بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معينة معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم » .
وانظر في مذهب الشافعية نهاية المحتاج للرملي ٢٥٨/٥ وشرح روض الطالب من أسنى المطالب ٤٠٣/٢ ، وشرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣١٠/٤ ، وانظر مواهب الجليل للخطاب المالكي ٣٨٩/٥ ، وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ٤/٦ (الطبعة الثانية الحلبية بمصر) .

القول الأول : أن بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر يكون موقوفاً على إجازة المستأجر ، أو انتهاء مدة الإجازة ، وهذا القول هو الصحيح من مذهب الحنفية ، والمشتري عندهم - إذا لم يعلم وقت الشراء أن العين مؤجرة - مخير بين الإمضاء والفسخ ، جاء في الفتاوى الخانية « الراهن إذا باع الرهن أو الآجر إذا باع المستأجر يتوقف ذلك على إجازة المرتهن والمستأجر في أصح الروايات ... وإذا لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجازة بينهما نفذ البيع السابق »^(١) .

القول الثاني : أن بيع المؤجر العين المستأجرة - لغير المستأجر - باطل وهو قول في المذهب الشافعي ورواية في المذهب الحنبلي إلا أن في هذه الرواية تقييد عدم الصحة بما إذا باعها ولم يبين أنها مستأجرة .

جاء في المهذب « وإن أجزعنا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان أحدهما أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه »^(٢) .

وجاء في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف « وقيل : لا يصح بيعها (أي العين

(١) ١٧٧/٢ (مطبوع مع الهندية) وجاء في المحيط البرهاني في الربع الثالث ص ٢٠ « بيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ وهو الصحيح ، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أنه مرهون أو مستأجر لتأخر التسليم لحق المرتهن ، والمستأجر ، وإن كان علماً وقت البيع والشراء فكذلك عند محمد له الخيار » .

وجاء في البدائع للكاساني ٢٠٧/٤ « لو باع المؤجر الدار المستأجرة بعدما أجزها ذكر في الأصل أن البيع لا يجوز ، وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف ، وذكر في بعضها أن البيع باطل ، والتوفيق ممكن لأن معنى قوله لا يجوز أي لا ينفذ ، وهذا لا يمنع التوقف ، وقوله باطل أي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف ، والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر حتى إذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع » .

وجاء في فتح القدير لابن الهمام ٣٢٢ « بيع المستأجر والمرهون موقوف على إجازة المستأجر ، والمرتهن فلو وصل إلى المالك بوفاء أو إبراء أو فسخ الإجازة أو تمام المدة تم البيع ، ولو لم يجز ، فللمشتري خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما » .

وانظر : الدر المختار للحصكفي ٧٦/٢ ، والفتاوى الهندية ١١٠/٣ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٦/٣ ، وحاشية ابن عابدين (رد المختار) ١٩١/٤ ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٣٤٢/١ .

(٢) الشيرازي ٤١٤/١ وجاء في مغني المحتاج ٣٦٠/٢ « ولو باعها أي العين المستأجرة أو وهبها لغيره - أذن المستأجر أم لا - جاز في الأظهر ... والثاني ، لا يجوز لأن يد المستأجر مانعة من التسليم » . وجاء في التنبيه للشيرازي ص ٧٧ « وإن باعها من غيره (أي من غير المستأجر) لم يصح في أحد القولين » . وانظر نهاية المحتاج للرملي ٣٦٠/٢ ، وروضة الطالبين للنووي ٢٥٤/٥ ، ونخبة المحتاج لابن حجر مع حواشيتها ١٩٩/٦ .

المستأجرة) ، قال الشيخ تقي الدين: وظاهر كلامه في رواية الميموني^(١) ، أنه إذا باع العين المؤجرة، ولم يبين أنها مستأجرة، أن البيع لا يصح^(٢) .

القول الثالث : أن بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر صحيح ، وبه قال جمهور العلماء من المالكية والحنابلة وهو قول في مذهب الشافعية ، وبه قال أبو يوسف من الحنفية إلا أنهم قيدوا القول بالصحة بما إذا علم المشتري بأن العين مؤجرة ، وأما إذا لم يعلم بأن العين مؤجرة فله الخيار في إبقاء العقد أو فسخه ، وكذا لو علم أن العين مؤجرة وجهل المدة عند الشافعية، وممن قال بصحة بيع المؤجر العين المستأجرة ، الحسن والثوري^(٣) والظاهرية وسنفضل آراءهم في ذلك .

أما فيما يتعلق بمذهب المالكية فإنهم يرون صحة بيع العين المؤجرة من المستأجر وغيره ، وللمستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، والأجر للمؤجر ، وأما المشتري فإن لم يعلم بأن العين المبيعة مؤجرة فله الخيار في إبقاء عقد البيع أو فسخه ، جاء في مواهب الجليل « يجوز بيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره ، والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة وللمؤجر جميع الأجرة ، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار »^(٤) .

(١) الميموني : هو عبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني الرقي أبو الحسن من أصحاب الإمام أحمد، جليل القدر، فقيه، عنده عن الإمام أحمد مسائل كثيرة في ستة عشر جزءا ، ولد سنة ١٨١ هـ وتوفي سنة ٢٧٤ هـ . انظر طبقات الحنابلة لأبي يعلى ٢١٢/١ ، ٢١٦ ، والمنهج الأحمد لابن الجوزي ١٧٠/١ - ١٧٢ .

(٢) ٨٦/٦ وجاء في القواعد لابن رجب ص ٤٢ « قال في رواية الميموني : ليس له أن يبيعه حتى يبين، فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول المنافع وهي الآن ملك غيره فيشبهه تفريق الصفقة ، ولكن أحمد إنما أوجب ذلك لأن تركه تدليس وغرر » . ا . هـ .

(٣) الثوري : هو الحافظ أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثوري الكوفي أحد الأئمة الأعلام، كان مجتهدا ثقة زاهدا ورعا ولد سنة ٩٥ هـ بالكوفة ونشأ بها ، وراوده المنصور العباسي على أن يلي الحكم فأبى ، وخرج من الكوفة سنة ١٤٤ هـ فسكن مكة والمدينة ثم طلبه المهدي فتوارى وانتقل إلى البصرة فمات فيها مستخفيا سنة ١٦١ هـ .

له من المصنفات الكتاب الجامع الكبير ، والصغير وكلاهما في الحديث وكتاب الفرائض وغير ذلك . انظر وفيات الأعيان ١٢٧/٢ - ١٢٨ رقم الترجمة ٢٥٢ ، وتذكرة الحفاظ ٢٠٣/١ رقم الترجمة ١٩٨ . وطبقات

الحفاظ للسيوطي ص ٨٨ .

(٤) ٤٠٨/٤ وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩٢ « يجوز بيع الرباع والأرض المكتراة خلافا للشافعي ولا ينفسخ الكراء ... وإن لم يعلم المشتري أن الأرض مكتراة فذلك عيب له القيام به » .

وفي مذهب الحنابلة يعتبر بيع العين المؤجرة صحيحا ، وإذا لم يعلم المشتري بالإجارة
فله الفسخ أو الإمضاء مجانا على الصحيح من المذهب، وقيل له الفسخ أو الإمضاء مع
الأرش ، جاء في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف « يجوز بيع العين المستأجرة
هذا المذهب نص عليه في رواية جعفر بن محمد^(١) وعليه الأصحاب ... فعلى المذهب
إذا لم يعلم المشتري بذلك ثم علم فله الفسخ أو الإمضاء مجانا ، وقيل له الفسخ أو الإمضاء
مع الأرش^(٢) .

وأما الشافعية ففي قول عندهم يصح بيع المؤجر العين المستأجرة من غير المستأجر ،
ولا تنفسخ الإجارة بل تبقى في يد المستأجر إلى أن ينتهي زمنها ، وإن لم يعلم المشتري
أن العين مؤجرة فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخ ، وكذا إن علم أن
العين مؤجرة وجهل المدة هذا إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة ، فإن كانت مقدرة بعمل
غير مقدر بمدة كأن استأجر دابة للركوب إلى بلد كذا، فيروى أن البيع لا يصح - عند
الشافعية - قولا واحدا، جاء في منهاج الطالبين « ولو باعها (أي باع المؤجر العين
المستأجرة) لغيره جاز في الأظهر ولا تنفسخ »^(٣) ١ . هـ قال الشيخ الشربيني^(٤):

= وجاء في البهجة شرح التحفة للتسولي ١٧٠/٢ « إن باع صاحب الدار داره يعد عقد الكراء فيها من أجنبي
فإن لم يعلم بالكراء فهو عيب، إن شاء رد أو تمسك، وإن علم به فلا رد ولا كراء إلا أن يشترطه » .
وانظر شرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عlish ٧٥٥/٣ .

(١) ورد في طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١٢٢/١ - ١٢٧ ، والمنهج للأحمد ٢٧٩/١ - ٢٧١ ، تسعة ممن رووا عن
الإمام أحمد رحمه الله كل واحد منهم يسمى بهذا الاسم ، ولم يتبين لي من هو المراد بجعفر بن محمد المذكور .
(٢) ٦٨/٦ وجاء في الهداية لأبي الخطاب ١٨١/١ « يجوز بيع العين المستأجرة من غير المستأجر ولا تنفسخ الإجارة ،
فإن لم يعلم المشتري بالإجارة فله الخيار إذا علم في الفسخ أو الإمضاء » وجاء في الفروع لابن مفلح ٤٤٢/٤ « ويصح
بيع عين مؤجرة في المنصوص ولمشتر يجهله الفسخ ، وفي الرعاية أو الأرش » وانظر المبدع لابن مفلح ١٠٧/٥ ،
والقواعد لابن رجب ص ٤٢ ، والإفصاح لابن هبيرة ٤٠/٢ ، والإقناع للحجاوي المقدسي ٣٠٩/٢ وكشاف القناع
٢٤/٤ ، ومغني ذوي الأفهام لابن عبد الهادي ص ١٣٦ ، والروض المربع بحاشية ابن قاسم ٣٣٥/٥ ، ونيل المآرب
بشرح دليل الطالب ١٦٣/١ ، ومطالب أولي النهى ٦٦٤/٣ .
(٣) ٣٦٠/٢ (مطبوع مع مغني المحتاج) .

(٤) الشيخ الشربيني : هو محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين ، فقيه شافعي مفسر من أهل القاهرة أخذ عن الشيخ
أحمد البرلسي الملقب عميرة ، والشيخ نور الدين المحلي ، والشيخ شهاب الدين الرملي ، ودرس وأفتى في حياة أسيادها ،
وانتفع به خلائق لا يحصون ، وأجمع أهل مصر على صلاحه ووصفوه بالعلم والعمل والزهد والورع توفي سنة
٩٧٧ هـ .

« ما أطلقه المصنف^(١) من الصحة تبع فيه الجمهور ، ومحله إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة، فإن قدرت بعمل غير مقدر بالمدة، كأن استأجر دابة للركوب إلى بلد كذا فعن أبي الفرج الزاز^(٢) أن البيع ممتنع قولاً واحداً لجهالة مدة السير، ويقاس بالبيع ما في معناه... وقوله «ولا تنفسخ» أي الإجارة بما ذكر قطعاً فتبقى في يد المستأجر إلى انقضاء المدة، وللمشتري الخيار إن جهل الإجارة، وكذا إن علمها وجهل المدة^(٣) .

والتأجير يعتبر عيباً يحق للمشتري إذا لم يعلم به وقت الشراء أن ينقض البيع لأجله، جاء في بدائع الصنائع « وروي عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة كالعيب ، فإن كان المشتري عالماً بها وقت الشراء وقعت لازمة ، وإن لم يكن عالماً بها وقت الشراء فهو بالخيار، إن شاء نقض البيع لأجل العيب وهو الإجارة ، وإن شاء أمضاه^(٤) .

= له مصنفات منها : « مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج » في الفقه ، و « السراج المنير » في التفسير .

انظر : شذرات الذهب ٣٨٤/٨ ، والكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة ٧٩/٣ .

(١) المصنف هو النووي : الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي شيخ الإسلام أستاذ المتأخرين ، علامة بالفقه والحديث ولد في المحرم سنة ٦٣١ هـ في نوا (من قرى حوران) بسورية . وإليها نسبته وأقام بها زمناً طويلاً وتوفي بها سنة ٦٧٦ هـ .

له تصانيف منها « المجموع شرح المذهب » وهو غير كامل ، و « روضة الطالبين » و « المنهاج في شرح صحيح مسلم » .

انظر تذكرة الحفاظ ١٤٧٠/٤ - ١٤٧٤ رقم الترجمة ١١٦٢ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٣٩٥/٨ - ٤٠٠

رقم الترجمة ١٢٨٨ .

(٢) أبو الفرج الزاز : عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن عبد الرحمن بن زاز السرخسي النويزي الأستاذ ، إمام الشافعية بمرور وأحد الأجلاء من الأمة ولد سنة إحدى أو اثنتين وثلاثين وأربعمئة وتوفي سنة ٤٩٤ هـ .

له تصانيف أشهرها كتاب « الإملاء » .

انظر طبقات الشافعية للسبكي ١٠١/٥ - ١٠٤ .

(٣) مغني المحتاج ٣٦٠/٢ وجاء في المذهب للشيرازي ٤١٤/١ « وإن أجر عيناً ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان : أحدهما أن البيع باطل ... والثاني، يصح؛ لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع كما لو زوج أمته ثم باعها » . وجاء في نهاية المحتاج ٣٢٤/٥ « لو باعها لغيره (أي لغير المستأجر) ... وقد قدرت الإجارة بزمان جاز في الأظهر وإن لم يأذن المكترى لاختلاف الموردين ، ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة؛ لأن يده عليها يد أمانة ، ولا تنفسخ الإجارة قطعاً بل تبقى في يد المكترى إلى انتهاء أمدتها فإن جهل المشتري تخير ، ولو في مدة الإجارة كما اقتضاه إطلاقهم » .

١ هـ . وانظر روضة الطالبين للنووي ٢٥٤/٥ ، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٢٥٢/١ .

(٤) ٢٠٧/٤ وجاء في فتح القدير لابن الهمام ٣٢٢/٥ « وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم ، وقيل هو =

وأما الحسن والثوري والظاهرية فيرون أن بيع العين المؤجرة صحيح ونافذ ، لكنهم يخالفون المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وأبا يوسف في بقاء الإجارة ، حيث يرون أن البيع يبطل الإجارة ويقطعها ، روى عبد الرزاق^(١) بسند متصل عن الحسن أنه قال : « البيع يقطع الإجارة »^(٢) وروي عن الثوري أنه قال : « البيع والموت يقطع الإجارة » .

أما في الموت فقضى به الشعبي^(٣) وأما نحن فنقول بالبيع^(٤) وجاء في المحلى : « بيع الشيء المستأجر من الدار أو العبد أو الدابة أو غير ذلك أو خروجه عن ملك مؤجره ، بأي وجه كان ، كل ذلك يبطل عقد الإجارة فيما بقي من المدة قل أو كثر »^(٥) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه موقوف على إجازة المستأجر بما يأتي :

الدليل الأول : من القياس ، قالوا : « إن بيع المستأجر كبيع المرهون ينعقد موقوفاً على الإجازة بجامع أن كلا منهما عقد قد تعلق به حق الغير »^(٦) .

= ظاهر الرواية « وانظر الفتاوى الهندية ١١٠/٣ ، وحاشية ابن عابدين (رد المختار) ١٩١/٤ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٦/٣ .

(١) هو الحافظ أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري بالولاء ، الصنعاني ، كان ثقة في الحديث يميل إلى التشيع ولد سنة ١٢٦ هـ وتوفي سنة ٢١١ هـ ، وعمره ٨٥ سنة ، انظر : تذكرة الحفاظ ٣٦٤/١ رقم الترجمة ٣٥٧ ، وتهذيب التهذيب ٣١٠/٦ - ٣١٥ .

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٩٠/٨ .

(٣) الشعبي : هو أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي الحميري الكوفي تابعي مشهور معدود في الثقات ولد سنة ١٩ هـ وتوفي سنة ١٠٣ هـ .

انظر : تذكرة الحفاظ ٧٩/١ - ٨٨ رقم الترجمة ٧٦ ، وتهذيب التهذيب ٦٥/٥ - ٦٩ .

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٩٠/٨ - ١٩١ .

(٥) ٥/٩ .

(٦) جاء في المحيط البرهاني - من الربع الثالث ص ٢٠ « بيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ » .

وانظر الفتاوى الهندية ١١٠/٣ ، وحاشية ابن عابدين (رد المختار) ١٩١/٤ .

الدليل الثاني : من المعقول الشرعي ، وهو أن البائع غير قادر على تسليم المبيع لتعلق حق المستأجر به ، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن ، وأمكن ههنا بالتوقف في حقه ، فقلنا بالجواز في حق المشتري ، وبالتوقف في حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين^(١) .

دليل القول الثاني :

استدل القائلون بطلان بيع العين المؤجرة لغير المستأجر بأن يد المستأجر حائلة عن التسليم بحق لازم ، فلم يصح البيع كبيع المغصوب من غاصبه بجامع عدم القدرة على التسليم في الجميع^(٢) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : نسلم أن يد المستأجر حائلة عن التسليم ، لكن ذلك لا يقتضي بطلان العقد لأن عدم التسليم يزول بأمرين :

الأول : إجازة المؤجر لبيع العين ، وحينئذ تسلم العين للمشتري وينفذ البيع .

الثاني : انتهاء مدة الإجارة .

وأما القياس على بيع المغصوب من غاصبه فمسلم ، لكننا لا نسلم ببطلانه بل نقول إنه موقوف على إجازة المالك .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن بيع المؤجر العين المستأجرة - لغير المستأجر - صحيح بما يأتي :

الدليل الأول : من المعقول : « وهو أن بيع العين المؤجرة على غير المستأجر ليس فيه إبطال لحق المستأجر ؛ لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة ، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصله »^(٣) وهذا الدليل يتمشى مع رأي المالكية

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٧/٤ .

(٢) انظر المهذب للشيرازي ٤١٤/١ ، ونهاية المحتاج للرملي ٣٢٥/٥ ، والمغني لابن قدامة ٤٧٢/٥ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤٠٨/٥ .

والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ، الذين يرون أن البيع لا يقطع الإجارة خلافا للظاهرية والحسن والثوري .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال: لا خلاف في صحة البيع بعد انتهاء مدة الإجارة، وإنما الخلاف في مدة الإجارة، وتسليم العين المبيعة في المدة فيه إبطال لحق المستأجر، كما أن القول بأن البيع نافذ وبات غير صحيح؛ لأن البيع البات يفيد انتقال الملك، وتسليم العين، وانتفاع المشتري بمنفعتها، وذلك غير حاصل، وقولكم إن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة دليل على أن العقد صحيح متوقف على انتهاء مدة الإجارة، إذ لا تسليم قبل ذلك إلا أن يجيز المستأجر ويسلم العين المستأجرة فينفذ البيع. **الدليل الثاني:** من المعقول: وهو أن البيع قد وقع على العين، وحق المستأجر في المنفعة، فالبيع قد وقع على غير المعقود عليه في الإجارة فأشبه ما لو زوج أمة ثم باعها، فإن البيع صحيح، ولا يفسخ عقد الزواج^(١).

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : نسلم أن البيع قد وقع على غير المعقود عليه ، لكن حق المستأجر في المنفعة مانع من تسليم العين للمشتري ، والبيع النافذ يقتضي تصرف المشتري تصرفا كاملا في العين المبيعة ، وذلك غير حاصل هنا ، وأما القياس على الزواج فقياس مع الفارق فإن زواج الأمة لا يمنع التسليم عند البيع بخلاف العين المؤجرة فافترقا . **الرأي المختار :**

والذي أختاره هو القول الأول، هو أن بيع المؤجر العين المستأجرة صحيح موقوف على إجازة المستأجر أو انتهاء مدة الإجارة لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، كما أن في القول به مراعاة لكل من المؤجر (البائع) والمستأجر والمشتري وحماية لحقوقهم ، فالبايع يصابن كلامه عن الإلغاء ، ويعتبر تصرفه منعقدا والمستأجر يوقف نفاذ العقد على إجازته ، فإن أجاز سلم العين المؤجرة ، ونفذ البيع وإلا وقف العقد على انتهاء مدة الإجارة ، والمشتري يكون تعاقدته جائزا ولا يبطل ويتسلم العين المؤجرة بعد الإجازة أو انتهاء مدة إيجارتها .

(١) جاء في المهذب للشيرازي ٤١٤/١ « والثاني يصح؛ لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع كما لو زوج أمة ثم باعها » . وجاء في المبدع لابن مفلح ٤٤٢/٤ في التعليل لصحة بيع العين المستأجرة قوله « إنها عقد على المنافع، فلم يمنع الصحة كبيع الأمة المزوجة ، ولأن يد المستأجر على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر وإن منعت التسليم في الحال » .

الفصل السابع

بيع الغاصب العين المغصوبة

المبحث الأول : التعريف بالغاصب

الغاصب في اللغة : هو أخذ الشيء من الغير ظلما وقهرا^(١) يقال غصب الشيء يغصبه غصبا واغتصبه فهو غاصب ، وغصبه على الشيء قهره ، وغصبه منه والاغتصاب مثله ، والغاصب جمعه غصاب مثل كافر وكفار^(٢) .

وقال إمام الحرمين : الغصب في اللغة أخذ الشيء ظلما مجاهرة ، فإن أخذ سرا من حرز سمي سرقة ، أو مكابرة في صحراء سمي محاربة ، وإن أخذ استلابا سمي اختلاسا ، وإن أخذ ما كان مؤتمنا عليه سمي خيانة^(٣) .

والغاصب عند الفقهاء : هو المستولي على حق الغير عدوانا^(٤) .

(١) انظر تهذيب اللغة للأزهري ٢٦/٨ .

(٢) القاموس المحيط ١١٠/١ ، لسان العرب ١٤٠/٢ ، والمصباح المنير ١٠١/١ ، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٣٧٤/١ ، المعجم الوسيط ٦٦٠/٢ .

(٣) نهاية المطلب ورقة ٥٢ فيلم بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض تحت رقم ٢٤٦١ .

(٤) جاء في مجمع الضمانات لابن غانم ص ١١٧ في تعريف الغصب أنه : أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين . وجاء في القوانين الفقهية ص ٢٨٢ « الغصب أخذ رقة الملك أو منفعة بغير إذن المالك على وجه الغلبة والقهر دون حراة » . « وجاء في نهاية المحتاج ١٤٣/٥ في تعريف الغصب : أنه الاستيلاء

على حق الغير عدوانا » . وجاء في منتهى الإرادات لابن النجار ٥٠٨/١ : الغصب استيلاء غير حربي عرفا على حق غيره قهرا . وانظر : بدائع الصنائع ١٤٣/٧ ، والاختيار لتحليل المختار ٥٨/٣ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٣٥٣/١ ،

والمقنع لابن قدامة ١٣٢/٢ ، والمحرم في الفقه لأبي البركات ٣٦٠/١ ، والإنصاف للمرداوي ١٢١/٦ - ١٢٤ ، ومواهب الجليل للحطاب ٢٧٤/٥ .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع الغاصب العين المغصوبة

إذا باع الغاصب العين المغصوبة فقد اختلف العلماء في حكم بيعه وسنفصل آراءهم في ذلك ، في كل مذهب على حدة .

المذهب الحنفي : يرى علماء الحنفية أن بيع الغاصب العين المغصوبة موقوف على إجازة المالك، جاء في الفتاوى الهندية « إذا باع الغاصب المغصوب من رجل وأجاز المالك بيعه صحت الإجازة »^(١) .

المذهب المالكي : يظهر من النصوص الفقهية في كتب المالكية أنهم يتفقون مع الحنفية في أن بيع الغاصب العين المغصوبة موقوف على إجازة المالك، جاء في المدونة « قلت : أرأيت إن غصبت جارية من رجل فبعتها فولدت عند المشتري ، فأتى ربها فأجاز البيع أيجوز أم لا ؟ في قول مالك قال : ذلك جائز ؛ لأن مالكا قال : إذا باعها الغاصب فأراد ربها أن يبيح البيع كان ذلك له ، ولست ألفت إلى ولادتها عند المشتري »^(٢) .

المذهب الشافعي : للشافعية في بيع الغاصب العين المغصوبة تفصيل ، وهو أن

(١) ١٤٩/٥ ولا بد لصحة الإجازة من قيام البائع والمشتري ، والمعقود عليه ، وأن تكون الإجازة قبل الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله . الفتاوى الهندية ١٤٩/٥ . ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط لإجازة المالك لبيع الغاصب أن يكون قادراً على أخذ العين المغصوبة ، وأن يعلم بقاءها ، جاء في المحيط البرهاني ص ٤٢ . « في نوادر ابن سماعة قلت لمحمد : أرأيت رجلاً غصب من آخر حيواناً وباعه من آخر فأجاز المغصوب منه قال محمد : البيع جائز حتى يعلم أنه تلف ، قال : وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع ببغداد وقال البيع : فاسد حتى يعلم حياته » . وجاء في جامع الفصولين ٦٥/٢ « باع قنا غصبه فأجاز البيع مالكة روى عن أبي يوسف رحمه الله لو قدر المالك على أخذ القن تجوز إجازته وإلا فلا ، ولو اغتصبه بالري والقن بالكوفة ومالكة وغاصبه كلاهما بالري فأجاز البيع مالكة ، قال محمد رحمه الله : يجوز ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز لو علم أنه حي وإلا بطل إمضاؤه ، وهذا قوله الآخر » ١ . هـ . وجاء في درر الحكام لمن لا خسرو ص ١٧٧ « بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك » . وانظر الفتاوى الخانية ١٧٤/٢ .

(٢) ١٧٩/٤ وجاء في فروع ابن الحاجب ورقة ١٧٠ « ولو بيع المغصوب فللمالك تغريم الغاصب أو إمضاء بيعه » . وجاء في الشرح الكبير للدردير ٤٤٦/٣ « الغاصب إذا باع ما غصبه معيباً فأجاز المغصوب منه بيعه ، وزال العيب عند المشتري ، وقال المغصوب منه إنما أجزت المبيع لظن بقائه - أي العيب - ثم ظهر زواله فليس له رد البيع » . وجاء في جواهر الإكليل ١٥٨/٢ « وإن باع الغاصب المغصوب فله إمضاء البيع لصحته وإن لم يلزم » . وانظر في توقف بيع الغاصب العين المغصوبة مواهب الجليل للحطاب ٢٩٠/٥ ، والفروق للقرافي ٢٤٢/٣ ، والتاج والإكليل للمواق ٢٩٠/٥ .

الغاصب للعين إما أن يتعدد تصرفه في ثمن العين المغصوبة ، أولا فإن لم يتعدد تصرفه فللشافعية قولان :

الأول : البطلان وهو القول الجديد .

الثاني : أنه موقوف على إجازة المالك وهو القول القديم .

جاء في الوجيز « بيع الفضولي مال الغير لا يقف على إجازته على المذهب الجديد ، وكذلك بيع الغاصب »^(١) .

وإن تعدد تصرفه في أثمان العين المغصوبة فعلى القول القديم وهو أن ما لم يتعدد تصرفه فيه يكون موقوفا ، يكون تصرفه - ههنا - موقوفا على الإجازة من باب أولى .
وأما على القول الجديد فللشافعية قولان :

الأول : أنه باطل كما لو كان تصرفا واحدا .

الثاني : أنه موقوف ، وللمالك أن يجيزه . جاء في المجموع شرح المذهب « لو غصب أموالا وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى . بحيث يعسر أو يتعذر تتبع تلك التصرفات بالنقض - وقلنا بالجديد - فقولان حكاهما إمام الحرمين^(٢) والغزالي^(٣) وغيرهما^(٤) أصحابهما بطلان التصرفات كلها ، كما لو كان تصرفا واحدا ؛ لأنه ممنوع من كل تصرف منها . والثاني : للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض »^(٥) .

(١) ١٨٠/١ .

(٢) جاء في نهاية المطلب ورقة ١٠٣ « إذا باع يوعا كثيرة وعسر تتبعها فعلى الجديد العقود باطلة ، وعلى القديم رب المال بالخيار بين أن يجيز وله كل الربح وبين أن يبطلها وله بدل كذا ، حكاه البنديخي وغيره ، وكذا الإمام في القراض ، وصرح في كتاب الغصب أن الخلاف في هذه المسألة في الجديد » .

(٣) انظر الوجيز ٨٠/١ والغزالي : هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي ولد بخراسان سنة ٤٥٠ هـ ولقب بحجة الإسلام ، وهو فقيه شافعي فيلسوف ، متكلم صوفي مصلح ديني واجتماعي توفي في خراسان سنة ٥٠٥ هـ .

له مؤلفات كثيرة منها « إحياء علوم الدين » و « تهافت الفلاسفة » و « شفاء الغليل » و « الوجيز » و « المستصفى من علم الأصول » .

انظر « وفيات الأعيان ٣٥٣/٣ رقم الترجمة ٥٦٠ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ١٩١/٦ - ٣٨٩ رقم الترجمة ٦٩٤ .

(٤) انظر فتح العزيز للرافعي ١٢٣/٨ .

(٥) ٢٦٠/٩ (مطبوع مع فتح العزيز) وجاء في روضة الطالبين ٥٩/١٠ « لو غصب أموالا وبيعها وتصرف في =

المذهب الحنبلي : للحنابلة في بيع الغاصب ثلاث روايات :

الرواية الأولى : أنه باطل .

الرواية الثانية : أنه صحيح موقوف على إجازة المالك .

الرواية الثالثة : أنه صحيح مطلقا وهذه الرواية ذكرها أبو الخطاب في الهداية^(١) وابن قدامة في المقنع^(٢) .

قال الحارثي : هذه الرواية لم أر من تقدم المصنف وأبا الخطاب في إيرادها وقال أيضا :
وأما الصحة على الإطلاق فلا أعلم به^(٣) .

وقد ذكر ابن قدامة في المغني أنه ينبغي أن تقيد هذه الرواية في العقود بعدم إبطال المالك لها ، وإذن فتكون الرواية الثالثة داخلة في الرواية الثانية .

جاء في المغني « تصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين إحداهما بطلانها ، والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك ، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية أنها تقع صحيحة وسواء في العبادات .. والعقود والإجارة والنكاح ، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك »^(٤) .

فتبين مما ذكرناه أن في مذهب الحنابلة رأيين أساسيين بالنسبة لبيع الغاصب العين المغصوبة .

الأول : القول بالبطلان .

الثاني : القول بالصحة موقوفة على إجازة المالك .

= أثنائها مرة بعد أخرى فقولان : بطلان الجميع ، والثاني للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل منها لعسر تتبعها بالإبطال .

وجاء في الأنوار للأردبيلي ٣١٣/١ « لو غصب أموالا وتصرف في أعيانها بيعا وشراء مرة بعد مرة بطل الكل » .
(١) جاء في الهداية ١٩٦/١ « وجميع تصرفات الغاصب الحكمية في العين المغصوبة تقع باطلة في إحدى الروايتين ، والثانية تقع صحيحة ، وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة ، والحج أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح » .

(٢) جاء في المقنع ٢٥٠/٢ « وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في إحدى الروايتين والأخرى صحيحة » .

(٣) الإنصاف للمرداوي ٢٠٤/٦ .

(٤) ٢٧٤/٥ ، وانظر الإنصاف للمرداوي ٢٠٣/٦ ، ومنتهى الإرادات ٥١٩/١ .

ويتلخص مما سبق أن للفقهاء في بيع الغاصب العين المغصوبة قولين :

القول الأول : أن بيع الغاصب للعين المغصوبة صحيح موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ البيع ، وإق لم يجز لم ينفذ ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية ، وهو قول عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة .

القول الثاني : أن بيع الغاصب باطل وهو قول عند الشافعية ، ورواية في مذهب الحنابلة .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن بيع الغاصب صحيح موقوف على الإجازة بما يلي :

الدليل الأول : عقلي ، قال السرخسي : « إن من أصلنا أن ماله مجيز حال وقوعه يتوقف على الإجازة ، والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولكن الشرط لتمام العقد الإجازة ببقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمجيز ، وذلك كله باق هنا »^(١) .

الدليل الثاني : أن بيع الغاصب بيع فضولي ، وبيع الفضولي يقع صحيحا موقوفا على الإجازة^(٢) .

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ الآية^(٣) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية بأن يقال : إنه قد ورد في الآية الكريمة النهي عن

(١) المبسوط ٦١/١١ - ٦٢ .

(٢) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٥٧/٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ٢٩٠/٥ ، والمغني لابن قدامة ٢٧٤/٥ .

(٣) سورة النساء آية ٢٩ ، وقد استدل بهذه الآية الشافعي في الأم ٢١٩/٣ .

أكل أموال الناس بالباطل ، وبيع الغاصب العين المغصوبة يعتبر من هذا القبيل ؛ لأنه غير مأذون له فيه ، وقد ورد النهي عن ذلك ، والنهي يقتضي التحريم ، ولذا فإن بيع الغاصب محرم ، وإذا حدث فهو باطل .

مناقشة الاستدلال بهذه الآية :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذه الآية بأن يقال : إن غاية ما يستفاد من هذه الآية أنه لا حل ولا رفع للحرمة قبل رضا المالك ، وهذا هو ما يقول به القائلون بأن بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك ، لذلك لا يفيد نقل ملكية المبيع والقبض له بدون رضا المالك وإجازته .

الدليل الثاني : حديث حكيم بن حزام قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك »^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إنه قد ورد النهي في الحديث عن بيع ما ليس عند الإنسان ، أي مالا يملكه ، والنهي يقتضي فساد المبيع عنه ، والغاصب لا يملك العين المغصوبة ، فإذا ما تصرف الغاصب فيها بطل تصرفه .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن النهي في المعاملات لا يفيد الفساد ، وما ورد في حديث حكيم بن حزام يختص حكمه بما استدل به عليه وهو عدم جواز بيع مالا يملكه الشخص ، وإنما ذكر ذلك جوابا حين سألته أن يبيع الشيء ثم يمضي ويشتره ويسلمه للمشتري^(٢) فالدليل خارج عن موضوع الاستدلال فلا حجة فيه .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن بيع الغاصب العين المغصوبة موقوف على إجازة المالك فإن أجاز جازت ، وإن رد بطلت ؛ لأن الغاصب فضولي لعدم ملكه للعين ، ولأن في القول بوقف بيعه رعاية لمصلحة المالك وحفظا لحقوقه .

(١) انظر في تخریج هذا الحديث ص ٦٣ من هذا البحث .

(٢) البناية في شرح الهداية للعيني ١٧١/٣ .

الفصل الثامن عقد المكره

المبحث الأول : التعريف بالمكره

المكره - في اللغة - بفتح الراء هو المجبر (بفتح الباء) على أمر لا يرضاه ، يقال أكرهته على الأمر إكراها ، حملته عليه كرها ، كما يقال فعلته كرها (بفتح الكاف) أي إكراها^(١) .

ومنه قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ وَهِيَ دُخَانٌ فَقَالَ لَهَا وَلِلْأَرْضِ ائْتِيَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا قَالَتَا أَتَيْنَا طَائِعِينَ ﴾^(٢) ، فقابل بين الضدين^(٣) .

والمكره (بفتح الراء) هو المجبر على أن يفعل فعلا لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه^(٤) .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد المكره

إذا أكره إنسان آخر على أن يعقد عقدا كأن يبيع مالا بكذا وماشابه ذلك ، فالشرط الرئيس فيه ، حتى يعد من الإكراه ويأخذ أحكامه ، أن يكون الإكراه بغير وجه حق^(٥) ، فإن كان كذلك فللعلماء في حكم انعقاد العقد خلاف ، وسنفصل آراءهم في ذلك في كل مذهب على حدة .

(١) لسان العرب ١٧ / ٤٣٢ ، القاموس المحيط ٤ / ٢٨٦ ، المصباح المنير ٤ / ١٩٢ مادة « كره » .

(٢) سورة فصلت (السجدة) آية ١١ .

(٣) المصباح المنير ٢ / ١٩٢ وجه فيه أيضا قال الزجاج : كل ما في القرآن الكره بالضم فالفتح فيه جائز إلا قوله تعالى : « كتب عليكم القتال وهو كره لكم » .

(٤) التوضيح على التنقيح ٣ / ٢١٦ ، فتح الغفار ٣ / ١١٩ ، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢ / ٢٦٩ ، وجاء في المبسوط للسرخسي ٢٤ / ٣٨ « الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب » .

(٥) جاء في المهذب للشيرازي ١ / ٢٦٤ « المكره إن كان بغير حق لم يصح بيعه ... وإن كان بحق صح ؛ لأنه قول حمل عليه بحق فصح ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحرني » .

أ - مذهب الحنفية :

اختلف علماء الحنفية في حكم عقد المكره على قولين :
القول الأول : أنه فاسد وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد .
القول الثاني : أنه موقوف^(١) ، وبه قال زفر^(٢) .

= وجاء في روضة الطالبين للنووي ٣ / ٣٤٢ « يشترط في المتعاقدين الاختيار فإن أكرها على البيع لم يصح إلا إذا أكره بحق بأن يتوجه عليه بيع ماله لوفاء دين عليه ، أو شراء مال أسلم إليه فيه فأكرهه الحاكم عليه صح بيعه وشراؤه لأنه إكراه بحق » ، وجاء في المبدع لابن مفلح ٤ / ٧ « لا يجوز إزالة ملكه عنه بغير رضاه إلا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم لوفاء دينه فيصح » .

وجاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠ / ١٨٤ مانصه « أما بيع المكره والمضغوط فذلك ماض سائغ لارجوع فيه عند الفقهاء » .

وانظر القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٨ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٧ / ١٨٦ وما بعدها . والكافي لابن قدامة ٢ / ٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ١٤١ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ١٠ .

(١) ذكر بعض المتأخرين من الحنفية قولاً ثالثاً وهو أن بيع المكره فاسد موقوف فقال ابن نجيم « بيع المكره فاسد موقوف لا أنه موقوف فقط كبيع الفضولي » البحر الرائق ٥ / ٣٧٧ ، وانظر حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٠٣ (الطبعة الثانية الحلبية) .

وأصل الخلاف أن أبا حنيفة وصاحبيه يرون أن بيع المكره فاسد ويتوقف حكمه وهو الملك على القبض ، وزفر يرى أنه منعقد صحيح لكنه موقوف ، والمتوقف صحته على الإجازة ، والذين جاءوا من بعدهم من المتأخرين نظروا إلى بيع المكره فوجدوا أن عنصر الرضا هو المختل ، واختلال الرضا يوجب الفساد ، فقالوا بفساده ، ثم وجدوا الإجازة تزيل العيب فقالوا إنه موقوف فصار في نظرهم فاسداً موقوفاً . والذي يظهر لي أن هذا القول الأخير وهو القول بأنه فاسد موقوف لا يخرج في مضمونه عن قول الأئمة الثلاثة ذلك أن العقد عندهم فاسد لعدم الرضا ، لكن إذا حصل الرضا زال العيب ، وحصل القبض فنفذ العقد جاء في المبسوط للسرخسي ٢٤ / ٩٣ ، في الكلام على رأي الأئمة الثلاثة مانصه « الإكراه لا يمنع انعقاد أصل البيع فقد وجد مابه ينعقد البيع من الإيجاب والقبول من أهل في محل قابل له ، ولكن انعدام نفوذه لعدم تمام الرضا بسبب الإكراه فإذا أجاز البيع غير مكره تم رضاه به ، ولو أجاز بيعاً باشره غيره نفذ بإجازته ، فإذا أجاز بيعاً باشره هو كان أولى به لأن بيع المكره فاسد ، والفساد بمعنى وراء ما يتم به العقد فبإجازته يزول المعنى المفسد ، وذلك موجب صحة البيع كالبيع بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد إذا أسقط من له الأجل أو الخيار ما شرط له قبل تقررره كان البيع جائزاً ، وكذلك لو لم يكن البائع قبض الثمن فقبضه من المشتري بعد ذلك كان هذا إجازة للبيع لوجود دليل الرضا منه بقبض الثمن طائعا ، فإنه قبضه لتملكه ملكاً حلالاً ، ولا يكون ذلك إلا بعد إجازة البيع ، ودليل الرضا كصرخ الرضا » ا.هـ . وانظر الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٧٥ ، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق ورقة ٣٩٤ ، ٣٣٥ مخطوط بالمكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض تحت رقم ١٨٨ .

(٢) زفر : هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبري بن سليم بن قيس بن مكحل الحنفي البصري صاحب الرأي المشهور ، وصاحب أبي حنيفة كان يفضلته ويقول : هو أقيس أصحابي ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي سنة ١٥٨ هـ بالبصرة .
انظر : الجواهر المضية ١ / ٢٤٣ ، والفوائد البهية ص ٧٥ .

جاء في بدائع الصنائع « البيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها ، الإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ، وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الإجازة كييع الفضولي »^(١) .

ب - مذهب المالكية :

وأما المالكية فيرون بأن عقد المكره صحيح ولكنه غير لازم^(٢) جاء في الشرح الكبير

(١) ١٨٦/٧ ، وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ١٨٢/٥ « يثبت بالبيع أو الشراء مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله : لا يثبت به الملك لأنه بيع موقوف وليس بفاسد » . وجاء في منار الأنوار لابن ملك ص ٣٦٩ « بيع المكره فاسد لعدم وجود الرضا فيه » وانظر : تأسيس النظر للدبوسي ص ٥٥ ، والمبسوط للسرخسي ٩٣/٢٤ ومختصر الطحاوي ص ٤٠٨ ، والهداية للمرغيناني ٢٧٥/٣ ، والفتاوى الخانية ٤٨٥/٣ (مطبوع بهامش الفتاوى الهندية) وشرح متن الوقاية لصدر الشريعة ١٨١/٢ ، والجوهرة النيرة ٣٥٣/٢ ، والبحر الرائق ٢٧٧/٥ ، ومنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين مطبوع بهامش البحر (الصفحة السابقة) . والاختيار لتعليق المختار ١٠٥/٢ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣/٢ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٥/٣ والدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢٧١/٢ ، وإتحاف الأبصار والبصائر لمحمد أبو الفتح الحنفي ص ٤٣٩ ، وفتح الله المعين على منلا مسكين ٥٢١/٢ ، وحاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار) ٥٠٣/٤ (الطبعة الثانية الحلبية) .

(٢) هذا القول هو المذكور في كتب المالكية إلا أن ابن جزى الكلبي ذهب إلى القول بالبطلان جاء في القوانين الفقهية ص ٢٥٨ مانصه « بيع المكره وشراؤه باطلان » . هـ والقول بالبطلان هو المفهوم من قول ابن العربي في أحكام القرآن ٢٣٤/١ « إذا كان الإكراه بغير حق لم يثبت حكما وكان وجوده كعدمه » . هـ لكنه لم ينسبه إلى أحد . والذي يظهر لي أن ما ذهب إليه هذان العالمان الجليلان هو اختيارهما حيث أنهما لم يشيرا إلى الرأي المشهور المذكور في كتبهم ، وهو القول بصحة عقد المكره مع عدم لزومه ، ولم أعثر فيما اطلعت عليه من كتب المالكية المخطوطة أو المطبوعة أن أحدا قال بالبطلان إلا ابن جزى وابن العربي ، وأما غيرهما فيذكر أن عقد المكره صحيح ، ولكنه غير لازم بل إن من علماء المالكية من ذكر أنه إجماع ، جاء في جامع الأصول والمعاني شرح مختصر خليل للزرقاني ٨/٥ « لا إن أجبر العاقد عليه » أي البيع جبرا حراما ، وهو طلب مالميس بحق فيصح ، ولا يلزم في الجبر على البيع إجماعا لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ . هـ . وجاء في مواهب الجليل للخطاب ٢٤٨/٤ « اعلم أن من أكره على البيع لا يلزمه البيع بالإجماع » .

ومن المعلوم أن المراد بالإجماع هو الإجماع في المذهب المالكي ذلك أن الشافعية والحنابلة قالوا بالبطلان ، والباطل لا ينعقد ولا يصح أصلا .

انظر من كتب المالكية التي ورد فيها أن عقد المكره صحيح غير لازم : الشامل في فروع المالكية لبهرام ص ٢٦٠ فيلم بجامعة أم القرى (مركز البحث العلمي) مرقم الصفحات عن النسخة المخطوطة في الرياض تحت رقم ٤٠٦ د ، والفروع لابن الحاجب ورقة ١٣٦ ، وتفسير القرطبي ١٨٤/١٠ ، والشرح الكبير للدردير ٦/٣ ، وحاشية الدسوقي عليه بنفس الصفحة ، والكافي لابن عبد البر ٧٣١/٢ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ١٨/٣ ، ومواهب الجليل للخطاب ٢٤٨/٤ ، والتاج والإكليل ٢٤٨/٤ ، والفواكه الدواني ٧٨/٢ ، والبهجة شرح التحفة للتسولي ٧٦/٢ ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١١٤/٢ ، وحلي المعاصم للتاودي ٧٦/٢ ، وبلغة السالك للصاوي ٤/٢ ، وفتح العلي الملك لمحمد عيش ٩٣/٢ ، وحاشية محمد كمنون على الزرقاني ٢٠/٥ ، وأسهل المدارك للكشناوي ٢٢٠/٢ .

للدردير « شرط لزومه (أي البيع) تكليف ورشد وطوع لا إن أجبر عليه جبرا حراما وهو مالم يس بحق فيصح ولا يلزم » قال الدسوقي : « وحينئذ يخير البائع إن شاء دفع الثمن للمشتري ، وأخذ سلعته التي أكرهه على بيعها وإن شاء تركها ، وأمضى البيع »^(١) .

ج - مذهب الشافعية :

وأما الشافعية فيرون أن بيع المكره باطل جاء في المذهب « المكره على البيع إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف »^(٢) .

د - مذهب الحنابلة :

وأما مذهب الحنابلة فالرأي المشهور الذي عليه الأصحاب هو القول ببطال عقد المكره ، والرأي الآخر أنه يصح ولكنه لا يلزم بل يثبت للمكره الخيار عند زوال الإكراه جاء في الإنصاف « قوله إن كان أحدهما مكرها لم يصح هذا البيع » ، هذا المذهب بشرطه^(٣) ، وعليه الأصحاب وقال في الفائق قلت ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه^(٤) .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦ / ٣ ، وجاء في مواهب الجليل ٢٤٨ / ٤ « ولا يلزم بيع المجهور على البيع جبرا حراما ، ويخير فيه المكره بعد إذنه فإن أجاز له جاز وإلا بطل » .
وجاء في فتح العلي المالك ٩٣ / ٢ « إذا ثبت الإكراه وكان ظلما بأن كان في غير حق شرعي فأصل المذهب الذي رواه ابن القاسم ومطرف ، وابن عبد الحكم وأصبغ عن مالك رضي الله عنه أنه غير لازم ويرد عليه بلا ثمن ، ويتبع به المشتري الظالم سواء دفعه له أو للبائع ، وعلم دفعه للظالم أو جهل الحال » ا.هـ .
وانظر : تفسير القرطبي ٩٣ / ٢ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ١٨ / ٣ ، والفواكه الدواني ٢ / ٧٨ .

(٢) الشيرازي ٢٦٤ / ١ ، وجاء في المجموع شرح المذهب ١٤٧ / ٩ « المكره بغير حق لا يصح بيعه هذا مذهبنا » .
وجاء في مغني المحتاج للشربيني ٧ / ٢ « لا يصح عقد مكره في ماله بغير حق لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ وانظر المنشور في القواعد للزركشي ١٩٤ / ١ ، وروضة الطالبين للنووي ٣ / ٣٤٢ ، وشرح روض الطالب لذكريا الأنصاري ٦ / ٢ وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١ / ١٥٨ ، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج ٢ / ٢٢٨ ، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ١ / ٤٥٥ ، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢ / ١٨٨ .
(٣) المراد بالشرط هو كون الإكراه بغير حق فإن كان بحق يصح ، انظر الفروع لابن مفلح ٤ / ٤ ، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك في أول بحث الإكراه انظر ص ١٦١ .
(٤) ٢٦٥ / ٤ ، وانظر المحرر لأبي البركات بن تيمية ٣١١ / ١ ، والكافي لابن قدامة ٤ / ٢ ، والفروع لابن مفلح ٤ / ٤ ، والمبدع في شرح المقنع ٧ / ٤ ، والقواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٤٢ ، والإقناع للحجاوي ٢ / ٥٨ ، وغاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ٥ / ٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ١٤١ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ١٠ ، ودليل الطالب للشيخ مرعي ص ١٠٦ (الطبعة الثانية) ونيل المآرب شرح دليل الطالب ١ / ١٢٧ ، والتنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع ص ١٢٢ .

- فتلخص مما سبق أن ذكرناه أن للعلماء في حكم عقد الإكراه أربعة أقوال :
- ١ - القول الأول : أنه باطل وبه قال الشافعية والحنابلة في الرأي المشهور عندهم .
 - ٢ - القول الثاني : أنه صحيح ولكنه غير لازم وبه قال المالكية وهو قول غير مشهور في مذهب الحنابلة .
 - ٣ - القول الثالث : أنه فاسد وبه قال جمهور الحنفية .
 - ٤ - القول الرابع : أنه موقوف وبه قال زفر من الحنفية .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن عقد المكره باطل بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ .. ﴾ الآية^(١) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الله سبحانه وتعالى ذكر أن الرضا شرط في استتباع كل تصرف أثره ، كما نطق بذلك النص الكريم فهي عن الانتفاع بالتصرف فيه إلا إذا كان التصرف فيه مبنيا على الرضا ، والمكره على العقد معدوم الرضا فلا يستتبع العقد أثرا من آثاره فيكون باطلا .

الدليل الثاني :

قوله تعالى : ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾ الآية^(٢) .

توجيه الاستدلال :

وجه الاستدلال بهذه الآية أنه لا يمكن أن يكون النفي في الآية المراد به نفي ذات الإكراه لأن ذاته موجودة ، ولكن يحمل النفي المذكور في الآية على نفي آثار الإكراه ،

(١) سورة النساء آية ٢٩ ، وقد استدل بهذه الآية الشيرازي في المذهب ١ / ٢٦٤ ، وابن مفلح في المبدع في شرح المقنع ٧ / ٤ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٥٦ وقد ذكر الاستدلال بهذه الآية لهذا القول السرخسي في المبسوط ٢٤ / ٥٧ .

وذلك لما يكره عليه المرء في الدين ، وانتفاء آثار الإكراه دليل على بطلانه^(١) .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإيمَانِ ، وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٢) .

توجيه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى « لما سمح بالكفر به - وهو أصل الشريعة - عند الإكراه ولم يؤاخذ به ، حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها فإذا وقع الإكراه لم يؤاخذ به ولم يترتب عليه حكم »^(٣) .

الدليل الرابع : قوله ﷺ : « إنما البيع عن تراض »^(٤) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : « إن الحديث أفاد أن البيع الذي يترتب عليه أثره شرعا إنما هو البيع الصادر عن الرضا ، وإذا أكره أحد المتعاقدين الآخر لم يحصل التراضي المشروط ، فيبطل العقد ولا يكون له أي أثر معتبر في الشرع .

(١) انظر في توجيه الاستدلال بهذه الآية المبسوط للسرخسي ٥٧ / ٢٤ ، وتفسير الفخر الرازي ١٢٣ / ٢٠ .

(٢) سورة النحل آية ١٠٦ ، وقد استدل بهذه الآية ابن العربي في أحكام القرآن ٣ / ١١٦٨ ، ١١٦٩ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٣ / ١١٦٨ .

(٤) الحديث صحيح ، رواه ابن ماجه في سننه ٨٣٧ / ٢ رقم ٢١٨٥ ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) من حديث أبي سعيد الخدري قال رسول الله ﷺ : « إنما البيع عن تراض » كما رواه البيهقي في السنن الكبرى ٧ / ٦ وفيه : « لألقين الله عز وجل من قبل أن أعطي أحدا من مال أحد شيئا بغير طيب نفسه إنما البيع عن تراض » .

ولهذا الحديث شواهد فمن ذلك ما رواه أبو داود عن أبي هريرة أنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يفترق اثنان إلا عن تراض » . انظر سنن أبي داود ٣ / ٧٣٧ رقم الحديث ٣٤٥٨ (تحقيق الدعاس) كما روى هذا الحديث الترمذي في سننه ٤ / ٢٤٧ رقم الحديث ١٢٤٨ (تحقيق الدعاس) وقال : هذا حديث غريب . كما رواه الإمام أحمد في مسنده ٢ / ٤٣٦ بلفظ « لا يفترق المتبايعان عن بيع إلا عن تراض » .

ومما يشهد لهذا الحديث ما رواه الدولابي في الكنى ١١٢ / ٢ ، عن عبد الله بن أبي أوفى قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « البيع عن تراض والخيار بعد الصفقة » .

وقد استدل بهذا الحديث الشيخ زكريا الأنصاري في شرح روض الطالب ٦ / ٢ .

الدليل الخامس : قوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال إن حمل الحديث على الحقيقة وهي رفع ذات الخطأ وذات النسيان ، وذات الإكراه من الوجود يصدمه الواقع ، ويكذبه المشاهد لأن هذه الأشياء الثلاثة المذكورة في الحديث موجودة في الأمة لم ترفع وحينئذ فلا بد من مقدر من أجل أن يحمل الحديث عليه ، وهذا المقدر الذي يناسب معنى الحديث هو لفظ حكم والمعنى بعد التقدير رفع حكم الخطأ ، وحكم النسيان ، وحكم الإكراه ، وهذا الحكم المرفوع عام يشمل الحكم الأخروي وهو الثواب والعقاب ، والدنيوي وهو ترتب الآثار على التصرف ، فكل تصرف للمكره ، إلا ما استثنى بنص آخر ، مرفوع حكمه الأخروي والدنيوي فلا يترتب عليه أثر ، وإذا لم يترتب على عقد المكره أثر يكون باطلا .

الدليل السادس : قوله ﷺ : « لا يحمل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » . رواه أحمد والدارقطني^(٢) .

(١) استدلل بهذا الحديث ابن العربي في أحكام القرآن ٣ / ١١٦٩ ، والنووي في المجموع شرح المذهب ٩ / ١٦١ (مطبوع مع فتح العزيز للرافعي) وقد ذكر هذا الحديث السيوطي في الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير ٢ / ١٣٥ ، وهو من الزيادة ، ورمز له بأن الطبراني رواه من حديث ثوبان ، ورجعت إلى المعجم الكبير للطبراني ٢ / ٩٤ فوجدت الحديث من رواية ثوبان ولكن بلفظ « إن الله تجاوز عن أمتي ثلاثة : الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وجاء في مجمع الزوائد ٦ / ٢٥٠ رواه الطبراني ، وفيه يزيد بن ربيعة الرحبي وهو ضعيف ، قال البخاري أحاديثه مناكير ، انظر التاريخ الكبير للبخاري ٨ / ٣٣٢ ، ولسان الميزان لابن حجر ٦ / ٢٨٦ رقم الترجمة ١٠٠٨ ، ولم أطلع على هذا الحديث بلفظ رفع - مع أن كتب الفقه والأصول تستشهد به كثيرا بهذا اللفظ إلا ما ذكرته آنفا عن الفتح الكبير ، وقد ورد الحديث بلفظ « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال الهيثمي رواه الطبراني في الأوسط وفيه محمد بن مصفي وثقه أبو حاتم وغيره وفيه كلام لا يضر وبقية رجال الصحيح ، انظر مجمع الزوائد ٦ / ٢٥٠ .

وقد ذكر النووي هذا الحديث في الأربعين ، وقال : إنه حديث حسن . انظر الفتح المبين لشرح الأربعين ص ٢٧٤ ، وقال السخاوي عن هذا الحديث : « مجموع طرقه يظهر أن للحديث أصلا » .

انظر المقاصد الحسنة ص ٢٣٠ ، وقال ابن العربي بعد أن ذكر الحديث بلفظ رفع : « والخبر وإن لم يصح سنده فإن معناه صحيح باتفاق العلماء » . انظر أحكام القرآن ٣ / ١١٦٩ .

(٢) انظر مسند الإمام أحمد ٥ / ٧٢ ، وسنن الدارقطني ٣ / ٢٦ ، والدارقطني : هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود الدارقطني الشافعي إمام من أئمة الحديث ، ولد سنة ٣٠٥ ببغداد وبها توفي سنة ٣٨٥ هـ . =

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن إحلال المال في الحديث مشروط بطيب النفس من صاحبه ، والمكره على التعاقد لا يوجد منه هذا الشرط فلا يحل ماله ، وذلك دليل على بطلان عقده .

الدليل السابع : من القياس : ففاسوا إكراه العاقد على التعاقد على إكراه المسلم على كلمة الكفر ، إذ كل لا يقصد منهما معنى ما أكره عليه ، فكما أن إكراه المسلم على كلمة الكفر لا أثر له ولا يصح ، فكذلك إكراه العاقد على التعاقد لا يصح ، ولا ينتج عنه أي أثر^(١) .

الدليل الثامن : من القياس أيضا : وهو قياس بيع المكره على بيع الهازل بجامع أن كلا منهما لا يقصد أثر البيع في الواقع ، فكما أن بيع الهازل يعتبر باطلا ، فكذلك بيع المكره فلا يفيد العقد الملك ، ولو بعد القبض ولا ينقلب العقد صحيحا بإجازة المكره بعد زوال الإكراه^(٢) .

دليل القول الثاني : استدل القائلون بأن عقد المكره صحيح ولكنه غير لازم بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ الآية^(٣) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية بأن يقال : إن التراضي المذكور في الآية ذكر مطلقا لم يقيد بحصوله قبل العقد أو بعده ، وذلك دليل على أن الرضا المذكور في الآية شرط في لزوم العقد لا في صحته ، فإذا ما حصل عقد المكره لم يلزم لعدم وجود الرضا ، فإذا ما وجد الرضا لزم .

= له مؤلفات منها « السنن » و « الضعفاء » ، و « العلل الواردة في الأحاديث النبوية » وغير ذلك . انظر وفيات الأعيان ٢ / ٤٥٩ ، ٤٦٠ رقم الترجمة ٤٠٧ ، وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣ / ٤٦٢ - ٤٦٦ رقم الترجمة ٢٢٨ .

(١) انظر المذهب للشيرازي ١ / ٢٦٤ ، والمبدع لابن مفلح ٤ / ٧ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ١٤١ ، ومطالب أولى النهي ٣ / ١٠ .

(٢) انظر المبسوط للسرخسي ٢٤ / ٥٨ .

(٣) سورة النساء آية ٢٩ وقد استدل بهذه الآية عبد الباقي الزرقاني في شرحه لخليل ٥ / ٨ .

مناقشة الاستدلال بهذه الآية :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن يقال : إن الآية وإن كانت عامة في اشتراط التراضي إلا أن المقصود حصول التراضي قبل العقد بدليل قول الرسول ﷺ : « إنما البيع عن تراض »^(١) ، أي البيع الصحيح المنعقد ، ولأنه إذا لم يوجد الرضا مع العقد يعتبر انتفاع المكره بالعين أو حبسها تعديا ، وأكلا للمال بالباطل وذلك لا يصح .

دليل القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث القائلون بأن بيع المكره فاسد بأن عقد المكره تصرف من أهله في محله فلا يلغى ، وبيان المحلية أنه ملكه ، ولو لم يكن مكرها لكان تصرفه مصادفا محله ، وليس للطوعية تأثير في جعل مالميس بمحل محلا ، فظهر أن التصرف صادف محله إلا أنه بسبب الإكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ، ولا ينعدم أصل القصد والاختيار ، والرضا شرط الصحة لاشتراط الحكم ، وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم ، كما في سائر البياعات الفاسدة ، إلا أن سائر البياعات الفاسدة لا تلحقها الإجازة لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد ، وهنا الفساد لحق العبد وهو رضاه فيزول بإزالته ورضاه^(٢) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن شرط الصحة وهو الرضا المعتبر شرعا غير موجود في المكره ، وإنعدامه هو محل النزاع ، فكيف تقولون إن فقدته لا يوجب انعدام الحكم ؟ وأما بقاء القصد والاختيار بعد انعدام الرضا فلا فائدة منهما لأن المشروط رضاه لصحة العقد لا غيره .

دليل القول الرابع :

استدل زفر لما ذهب إليه من أن عقد المكره موقوف بقياس عقد المكره على عقد الفضولي ، ذلك أن صاحب الشأن في كل غير راض ، فإذا ما أجاز نفذ العقد^(٣) .

(١) انظر في تخريج هذا الحديث ص ١٦٦ من هذا البحث .

(٢) انظر المبسوط للسرخسي ٥٨ / ٢٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٧٦ / ٧ .

(٣) جاء في بدائع الصنائع للكاساني ١٨٦ / ٧ « الإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ، وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي ، وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها أصلا ووجه قولهما إن الرضا شرط البيع شرعا ... والإكراه يسلب الرضا ، يدل عليه أنه لو أجاز المالك يجوز والفساد =

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا القياس بأن يقال إنه قياس مع الفاروق فإن المكره على البيع قد تصرف في ملكه ، ولكن تحت ضغط الإكراه ، فالمتحل هو عنصر الرضا ، بخلاف الفضولي فإنه يتصرف في غير ملكه وبرضاه ، وإذن فالقياس غير صحيح .

الرأي المختار :

والذي أختاره بعد النظر في الأقوال الثلاثة هو القول الأول وهو القول بالبطلان لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة ، كما أن فيه حماية للمتعاقد من ضرر الضغط والإكراه ، واعتباراً بمبدأ الرضائية المطلوب في العقود .

= لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبهه بيع الفضولي وهذه شبهة زفر رحمه الله » .

الفصل التاسع بيع العبد الجاني

المبحث الأول : التعريف بالعبد الجاني

العبد : المملوك خلاف الحر ، وهو في الأصل صفة قالوا : رجل عبد ، لكنه استعمل استعمال الأسماء ، والعبد يطلق على الإنسان حرا كان أو رقيقا ؛ لأنه مربوب لله عز وجل ، كما يطلق على الرقيق ، قال ابن حزم : ويطلق على الذكر والأنثى ، والعبد له جموع كثيرة أشهرها (أعبد ، وعبيد ، وعباد)^(١) . والجاني : هو المذنب والمجرم يقال : جنى الرجل جناية إذا جر جريرة على نفسه أو قومه قال أبو حية الثميري^(٢) .

وإن دما لو تعلمين جنيته على الحي جاني مثله غير سالم والجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال ، لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان ، وسموا الجنایات على الأموال غصبا ونهبا وسرقة وخيانة وإتلافا^(٣) .

وقد غلبت الجناية في السنة الفقهاء على الجرح والقطع (والجمع جنایات ، وجنايا) مثل عطايا وهو قليل^(٤) .

(١) أساس البلاغة ٢/ ٩٥ ، القاموس المحيط ١/ ٣٠٨ ، تاج العروس ٢/ ٤٠٩ ، لسان العرب ٤/ ١٥٩ ، المصباح المنير ٢/ ٣٦ مادة (عبد) ، والمحلى لابن حزم ٩/ ٤٢٣ .

(٢) أبو حية الثميري : هو الهيثم بن الربيع بن زرارة من بني غنم بن عامر شاعر مجيد فصيح راجز من أهل البصرة من مخضرمي الدولتين الأموية والعباسية قيل في وصفه : « كان أهوج به (لوثة) جباناً بخيلاً كذاباً وكان له سيف ليس بينه وبين الخشبة فرق يسميه لعاب المنية » توفي في آخر خلافة المنصور سنة ١٥٨ هـ .

انظر : طبقات الشعراء لابن المعتز ص ١٤٣ - ١٤٦ ، والأعلام للزركلي ٨/ ١٠٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٧/ ٦٣٥ .

(٤) المصباح المنير ١/ ١٢٢ .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع العبد الجاني

إذا جني العبد جناية خطأ أو جناية عمد عفي عنها إلى مال أولاً وباع السيد العبد الجاني دون أن يدفع السيد أو المشتري لمستحق الجناية حقه ، ففي حكم هذا البيع خلاف بين العلماء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن البيع صحيح ، لكنه غير ماض فيتوقف مضيه ولزومه على رضا مستحق الجناية به ، فإن شاء مستحق الجناية أمضى البيع وأخذ الثمن ، وإن شاء رده وأخذ العبد في جنايته ، وبهذا القول قال المالكية^(١) ، جاء في حاشية الدسوقي « العبد الجاني إذا باعه سيده كان بيعاً صحيحاً ، لكنه غير ماض فيتوقف مضيه ولزومه على رضا مستحق الجناية به ، لتعلق الجناية برقبة العبد الجاني ، فإن شاء مستحق الجناية أمضى ذلك البيع وأخذ الثمن ، وإن شاء رده ، وأخذ العبد في جنايته ومحل تخيره على الوجه المذكور إذا لم يدفع له البائع أو المشتري أرش الجناية وإلا فلا كلام له »^(٢) .

القول الثاني : أنه لا يصح إلا إذا أذن المجني عليه ، أو قبل السيد فداءه ، وهذا القول هو الأظهر من قولي الشافعية ، وهو وجه عند الحنابلة اختاره أبو الخطاب .
جاء في مغني المحتاج « ولا يصح بيع الجاني المتعلق برقبته مال بغير إذن المجني عليه ، وقبل اختيار السيد الفداء في الأظهر »^(٣) .

(١) اختلف المالكية في حكم الإقدام على بيع العبد الجاني مع علم الجناية فقال بعضهم لا يجوز إلا أن يحمل الأرض ، وقال بعضهم إنه جائز . انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١٢ / ٣ ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢٦ / ٣ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢ / ٣ ، وانظر مواهب الجليل للخطاب ٢٧٢ / ٤ ، وجواهر الإكليل ٢ / ٥ ، والخرشي على خليل ١٨ / ٥ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك ٢٦ / ٣ ، وحاشية الصاوي عليه (نفس الصفحة) .

(٣) ١٤ / ٢ وجاء في فتح الجواد للهيتمي ٣٨١ / ١ « ولا يصح بيع رقيق جان في رقبته مال ، وإن قل بغير إذن المجني عليه كأن تلف ماسرقة أو قتل خطأ أو شبه عمد أو عمد أو عفي على مال لتعلق الحق به كالمرهون » . اهـ . هذا إذا كانت الجناية خطأ أو عمداً وعفي عنها إلى مال وأما إذا كانت عمداً فقال جمهور الشافعية يصح البيع . انظر مغني المحتاج ١٤ / ٢ .

وانظر تحفة المحتاج مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم ٤ / ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، وشرح البهجة لذكريا الأنصاري ٢ / ٤٠٤ .

وجاء في الإنصاف « وقيل لا يصح بيعه اختاره أبو الخطاب في الانتصار »^(١) .

ومن المعلوم أنه لو أذن المجني عليه أو قبل السيد فداءه يجوز البيع وينفذ عند أصحاب هذا القول من الحنابلة ، وإن لم ينصوا عليه ، لأن العلة من عدم جواز البيع لم توجد ، فهم بهذا يتفقون مع الشافعية أصحاب هذا القول .

القول الثالث : أن البيع صحيح وبهذا القول ، قال الحنفية ، وهو قول عند الشافعية ووجه عند الحنابلة هو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب - كما سوف نفصل ذلك في كل مذهب على حده .

أما الحنفية فيقولون إن البيع صحيح ، فإن كان السيد عالماً بالجناية فيلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، لأن بيعه له مع علمه اختيار منه للفداء ، ولذلك يلزمه كاملاً ، وإن لم يكن عالماً بالجناية يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأنه إذا لم يكن عالماً بالجناية كان البيع استهلاكاً للعبد من غير اختياره فعليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ، لأنه ما أتلّف على ولي الجناية إلا قدر الأرش جاء في بدائع الصنائع « لو باع عبده الذي وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أولاً ، ولا سبيل لولي الجناية على العبد ، ولا على المشتري لأنه لاحق له في نفس العبد ، وإنما يخاطب المولى بالدفع إلا أن يختار الفداء غير أنه إن كان عالماً بالجناية يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ وإن كان غير عالم بالجناية يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية »^(٢) .

وبالنسبة لقول الشافعية جاء في مختصر المزني « ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان أحدهما أن البيع جائز ... وعلى السيد الأقل من قيمته أو أرش جنايته »^(٣) .

(١) ٢٧٦/٤ ، وجاء في الرعاية الكبرى لابن حمدان ج ٢ فيلم بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمكتبة المركزية تحت رقم ٣٤٥١ ، ورقة ٣٧ مانصه « ويصح بيع الجاني خطأ أو عمداً على النفس ومادونها نص عليه وقيل لا يصح » . وانظر القواعد لابن رجب ص ٨٨ .

(٢) الكاساني ١٥٦/٥ .

(٣) ١٩٣/٢ (المطبوع بهامش الأم للشافعي) وانظر مغني المحتاج ١٤/٣ ، وتكملة المجموع شرح المذهب للسبكي ٣٨٤/١٣ .

وأما الحنابلة فيرون أن البائع إذا كان موسراً بالأرث لزمه ، وكان البيع بحاله ، وإذا كان معسراً بالأرث فإن البيع يفسخ لتعلق حق المجني عليه به جاء في الإنصاف « وأما بيع الجاني فأطلق (أي صاحب المقنع) في صحة بيعه وجهين أحدهما يصح وهو المذهب نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب فعلى المذهب سواء كانت الجناية عمداً أو خطأً على النفس ، ومادونها ثم ينظر فإن كان البائع معسراً بأرث الجناية فسخ البيع ، وقدم حق المجني عليه لتعلقه به ، وإن كان موسراً بالأرث لزمه ، وكان المبيع بحاله لأنه بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه ، فإذا باعه فقد اختار فداءه »^(١) .

وجهة نظر كل قول :

أما المالكية أصحاب القول الأول فيرون بأن حق المجني عليه قد تعلق برقبة العبد ، فإن شاء مستحق الجناية أمضى ذلك البيع ، وإن شاء رده وأخذ العبد في جنيته^(٢) . ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال إن ما ذكرتموه من أن حق المجني عليه قد تعلق برقبة العبد الجاني مسلم ، لكن ذلك لا يمنع من صحة البيع ولزومه لأن الجناية إن كانت موجبة لقصاص فإن الجاني مرجو السلامة بالعفو ، فهو كالمرضى فيصح بيعه كما يصح بيع المريض^(٣) .

وأما إن كانت الجناية خطأً أو عمداً وعفي عنها إلى مال ، فإن الجناية لما تعلق برقبة العبد الجاني انحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها ، فإن رضي المالك ببذله جاز ، وإلا فإن للمجني عليه أقل الأمرين من قيمة الجاني أو أرش جنيته ، فإنهما بدل لزوم قبوله ، ومطالبة المجني عليه إنما تتوجه لحقه ، وحقه هو أرش الجناية لأملاك رقبة العبد^(٤) .

(١) ٢٧٦ / ٤ ، وانظر الرعاية الكبرى لابن حمدان ج ٢ ورقة ٣٧ .

(٢) انظر شرح الخرشي على مختصر خليل ١٨ / ٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢ / ٣ .

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٣٠٩ / ٢ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٢٢ / ٣ ، وشرح البهجة لذكريا الأنصاري ٤٠٤ / ٢ .

(٤) انظر القواعد لابن رجب ص ٨٨ .

وأما أصحاب القول الثاني القائلون بالبطلان فيعللون مذهبوا إليه من القول بالبطلان بأن حق المجني عليه قد تعلق بالجاني ، فأصبح كالمرهون فكما أن المرهون لا يجوز بيعه إلا بإذن المرتهن ، فكذلك الجاني لا يجوز بيعه إلا بإذن المجني عليه^(١) .

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال إن قياسكم هذا فاسد من وجهين : أولا : إن حكم الأصل وهو بيع المرهون مختلف فيه ، فبعض العلماء يرى صحته ووقفه على إذن المرتهن^(٢) ، وبعضهم يقول ببطلانه فكيف تقيسون على أصل مختلف فيه ؟ .

ثانيا : إن قياس تعلق حق المجني عليه بتعلق حق المرتهن في المرهون قياس مع الفارق فإن حق المرتهن قد ثبت باختيار ورضى الراهن (المالك) بخلاف حق المجني عليه فقد ثبت من غير اختيار المالك^(٣) .

ويعلل أصحاب القول الثالث مذهبوا إليه بما يأتي :

أولا : إن الحق الذي تعلق برقبة العبد الجاني للمجني عليه غير متحتم في الحال ، فأشبه القتل بالردة ، فكما أن المرتد لا يتحتم قتله لاحتمال رجوعه إلى الإسلام ، فكذلك العبد الجاني لاحتمال العفو عنه ، هذا إذا كانت الجناية موجبة للقصاص ، فإن كانت موجبة للمال فهو على السيد ، لأنه رضي بالتزام ماعليه^(٤) .

ثانيا : إن المجني عليه لاحق له في نفس العبد ، وإنما يخاطب المولى بالدفع ، لأنه هو ولي العبد ، ولذلك يلزمه الدفع ، ويصح البيع^(٥) .

الرأي المختار :

والذي أختره هو القول الثالث وهو رأي الحنفية ، والمذهب عند الحنابلة ، وقول بعض الشافعية لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة كما أن القول بصحة البيع ولزومه لا يهدر حق المجني عليه ، وإنما يلزم السيد بدفعه إذا كان موسرا ، وإن كان معسرا فسخ البيع .

(١) انظر مغني المحتاج للشرييني ١٤ / ٢ ، وفتح الجواد للهيتمي ٣٨١ / ١ .

(٢) انظر ص ١٣٨ ، ١٤٢ من هذا البحث .

(٣) انظر مغني المحتاج للشرييني ١٤ / ٢ .

(٤) انظر الكافي لابن قدامة ٦ / ٢ ، والشرح الكبير لأبي الفرج بن قدامة ٣٠٩ / ٢ .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٥٦ / ٥ .

الفصل العاشر عقد المرتد

المبحث الأول : التعريف بالمرتد

المرتد في اللغة : هو الراجع ، والرد رجوع الشيء تقول رددت : الشيء أردته رداً أى أرجعته ، ومنه رددت إليه الوديعة ، ورددته إلى منزله فارتد إليه ، وترددت إلى فلان رجعت إليه مرة بعد أخرى ، ورد عليه الشيء إذا لم يقبله ، وتراد القوم البيع ردوه ، ويقال هذا أمر لا أراد له أي لا مرجوع له ولا فائدة فيه ، وارتد الرجل عن دينه ردة إذا كفر بعد إسلامه^(١) .

والمرتد عند الفقهاء : هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر^(٢) ، قال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾^(٣) .

(١) تهذيب اللغة ١٤ / ٦٤ ، ٦٥ ، معجم مقاييس اللغة ٢ / ٣٨٦ ، القاموس ١ / ٢٩٤ ، المصباح المنير ١ / ٢١٢ ، المعجم الوسيط ١ / ٣٣٨ . مادة « ردد » .
(٢) الفقهاء متفقون على أن المرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر والاختلاف الوارد في تعريف المرتد أو الردة مبني على الاختلاف في شروط تحققها ، أو بما يصير به الإنسان مرتداً فبعض الفقهاء يزيد قيداً لا يراه الآخر فيهمله وهكذا ، وسوف نشير إلى بعض تلك التعريفات ، جاء في المقنع لابن قدامة ٣ / ٥١٤ « المرتد هو الذي يكفر بعد إسلامه » وجاء في المبدع شرح المقنع ٩ / ١٧٠ « المرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر ، إما نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً وقد يحصل بالفعل » وجاء في كشف القناع ٦ / ١٦٧ ، ١٦٨ « المرتد الذي يكفر بعد إسلامه نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً أو فعلاً - ولو مميزاً - طوعاً لا مكرهاً » . وجاء في المنهاج للنووي « الردة هي قطع الإسلام بنية أو قول أو فعل سواء قاله استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً » .
انظر المنهاج مطبوع مع مغني المحتاج للشريني ٤ / ١٣٣ ، ١٣٤ ، وجاء في مواهب الجليل ٦ / ٢٧٩ « الردة كفر المسلم بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه » . وجاء في مجمع الأنهر ١ / ٦٨٨ « المرتد هو الراجع عن دين الإسلام ، وركن الردة إجراء كلمة الكفر على اللسان ، وشرائط صحتها العقل والطوع » .
وانظر : التاج والإكليل ٦ / ٢٧٩ ، الشرح الصغير للدردير ٤ / ٤٣١ ، ٤٣٢ ، والشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٤ / ٢٦٧ ، ومنح الجليل لمحمد عيش ٤ / ٤٦١ ، وروضة الطالبين للنووي ١٠ / ٦٤ ، وشرح روض الطالب من أسنى المطالب ٤ / ١١٦ ، ١١٧ ، ومنتهى الإرادات لابن النجار ٢ / ٤٩٨ ، وهداية الراغب لعثمان النجدي ص ٥٣٧ ، ومطالب أولي النهى ٦ / ٢٧٥ .
(٣) سورة البقرة آية ٢١٧ .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد المرتد

قبل أن نتكلم على حكم عقد المرتد لابد أن نتكلم على حكم أملاكه من حيث بقاؤها على ملكه أو زوالها عن ملكه ، لأن الخلاف في حكم تصرفاته العقدية مبني على الخلاف في حكم أملاكه من حيث البقاء أو الزوال فنقول :

اختلف العلماء في حكم أملاك المرتد من حيث بقاؤها على ملكه أو زوالها عنه على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنها موقوفة : أي أن ملكه يزول زوالا موقوفا فإن أسلم عاد ماله إليه ، وإن لم يسلم لم يعد إليه ، وبهذا القول قال الإمام أبو حنيفة ، والشافعي في الأم ، وهو مذهب الحنابلة وعليه أكثر الأصحاب ، وبه قال المالكية إلا أنهم اختلفوا هل يرجع له ماله إذا أسلم أم لا ؟

ففي ما يتعلق برأي الإمام أبي حنيفة جاء في الهداية « ويزول ملك المرتد عن أمواله زوالا مراعى ، فإن أسلم عادت على حالها ، وهذا عند أبي حنيفة »^(١).

وفيما يتعلق برأي الإمام الشافعي جاء في الأم « إذا ارتد الرجل وكان حاضرا بالبلد وله أمهات أولاد ، ومدبرات ، ومدبرون ، ومكاتبات ، ومكاتبون ، ومماليك ، وحيوان ، ومال سوى ذلك ، وقف ذلك كله عنه .. ومتى رجع إلى الإسلام رد ماله عليه »^(٢).

وفيما يتعلق برأي الحنابلة جاء في المقنع « ومن ارتد لم يزل ملكه بل يكون موقوفا وتصرفاته موقوفة ، فإن أسلم ثبت ملكه وتصرفاته وإلا بطلت »^(٣).

(١) المرغيناني ١٦٩/٢ وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ٢٨٥/٣ ، « ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فإن أسلم عاد ملكه وهذا عند أبي حنيفة » ، وجاء في مجمع الأنهر ٦٩٠/١ « ويزول ملكه عن ماله زوالا موقوفا إلى أن يتبين حاله لأنه ميت حكما ، والموت يزول الملك عن الحي وهذا عند الإمام وهو الصحيح » . وانظر المبسوط للسرخسي ١٠٤/١٠ ، ١٠٥ ، وبدائع الصنائع للكاساني ١٣٦/٧ .

(٢) ١٥١/٦ ، وجاء في تحفة الحبيب ٢٠٧/٤ « ملك المرتد موقوف ، هذا هو الصحيح من أقوال ثلاثة » وانظر كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ١٧٣/١ .

(٣) ٥٢٢/٣ ، وجاء في الإنصاف للمرداوي ٣٤٠/١٠ « قال ابن منجا وغيره : المذهب لا يزول ملكه برده ويكون ملكه موقوفا وكذلك تصرفاته على المذهب » .

وانظر المغني لابن قدامة ١٢٩/٨ ، والكافي لابن قدامة ٥٩٥/٢ والمحزر لأبي البركات ابن تيمية ١٦٨/٢ .

وعن مذهب المالكية جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير « وقف ماله (أي المرتد) بمجرد الردة متفق عليه ، وإنما الخلاف هل يرجع له ماله إذا تاب وهو المشهور أو يكون فيئا مطلقا كالأخوذ من الحربي ، والأول مذهب المدونة ، والثاني لسحنون^(١) »^(٢) .

القول الثاني : لا يزول ملكه عن ماله برده وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، وهو قول عند الشافعية اختاره المزني ، ورواية عند الحنابلة .
أما بالنسبة لرأي أبي يوسف ومحمد جاء في تبين الحقائق « وعندهما لا يزول ملكه »^(٣) .

وعن القول في مذهب الشافعية جاء في المهذب « إذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال أحدها ما لا يزول ملكه عن ماله ، وهو اختيار المزني »^(٤) .
وعن الرواية في مذهب الحنابلة جاء في القواعد « المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا ؟ في المسألة روايتان إحداهما لا يزول ملكه ، بل هو باق عليه كالمستمر على عصمته »^(٥) .

القول الثالث : أن ملكه يزول بمجرد الردة وهو قول للشافعية ، وبه قال أبو بكر من الحنابلة .

(١) سحنون : هو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي أصله من حمص حافظ عابد جليل القدر ، ولد سنة ١٦٠ هـ وتوفي سنة ٢٤٠ هـ . وله من العمر ٨٠ سنة ، الديباج المذهب ص ١٦٠ ، ١٦٥ ، شجرة النور الزكية ١ / ٦٩ ، ٧٠ .

(٢) ٣٠٦ / ٤ ، وجاء في التاج والإكليل ٢٨٢ / ٦ « قال ابن القاسم : يوقف السلطان مال المرتد قبل أن يقتل » وجاء في منح الجليل ٤٦٩ / ٤ « يحجر الإمام على المرتد بمجرد رده ويحول بينه وبين ماله ويمنعه من التصرف فيه ويطعم منه بقدر الحاجة ... فإن مات على رده ففيء وإن تاب المرتد فماله الموقوف له على المشهور » . وانظر الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤٣٧ / ٤ ، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٨٨ / ٨ .

(٣) ٢٨٥ / ٣ ، وانظر بدائع الصنائع ١٣٦ / ٧ ، وفتح القدير لابن الهمام ٣٩٦ / ٤ ، والبحر الرائق ١٤٣ / ٥ .

(٤) ٢٢٤ / ٢ ، وانظر روضة الطالبين للنووي ٢٦٥ / ٢ ، ومغني المحتاج ١٤٢ / ٤ ، ١٤٣ .

(٥) ابن رجب ص ٤٤٢ ، وجاء في المغني لابن قدامة ١٢٩ / ٨ « ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد رده في قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم » .

وانظر المحرر لأبي البركات ١٦٨ / ٢ ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٣٤٠ / ١٠ ، ٣٤١ .

جاء في روضة الطالبين «وأما ماله فهل يزول ملكه عنه بنفس الردة ؟ فيه أقوال أحدها : نعم»^(١) .

وجاء في المغني « وقال أبو بكر : يزول ملكه برده وإن رجع إلى الإسلام عاد إليه تمليكا مستأنفا »^(٢) .

الأدلة :

دليل القول الأول :

استدل القائلون بأن مال المرتد موقوف : بقياس عصمة المال على عصمة النفس ، وعصمة النفس قد زالت بالردة زوالا غير كامل لأن من حقه أن يدعى إلى الإسلام وتوصف له محاسنه ، فتوقف في أمره ، فإن أسلم جعل كأن لم يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله ، وإن مات أو قتل في رده استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه ، وكذلك عصمة المال لأنها تتبع لعصمة النفس فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفا^(٣) .

(١) ٧٨ / ١٠ ، وجاء في المذهب للشيرازي ٢ / ٢٢٤ « إذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال ... الثاني : أنه يزول ملكه عن مال » .

وجاء في تحفة الحبيب ٤ / ٢٠٧ « ملك المرتد موقوف ، هذا هو الصحيح من أقوال ثلاثة : زواله قطعا وإن كان يعود له بالإسلام » .

(٢) ابن قدامة ٨ / ١٢٩ .

(٣) جاء في تبين الحقائق ٣ / ٢٨٥ ، ٢٨٦ « يزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا .. وهذا عند أبي حنيفة .. لأن الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء وإنما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه بالردة لأنه يصير بها حربيا حتى يقتل ، وكذا عصمة ماله لأنه تبع لها ولأنه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة غير أنه يدعى إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل كأن لم يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله فإن مات أو قتل في رده استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه » .

وجاء في المذهب للشيرازي ٢ / ٢٢٤ « القول الثالث : أنه مراعى فان أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه ، وإن قتل أو مات على الردة حكمنا بأنه زال ملكه لأن ماله معتبر بدمه ثم استباحة دمه موقوفة على توبته فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفا » .

دليل القول الثاني :

من القياس : ففاسوا المرتد على المحكوم عليه بالقصاص والرجم بجامع استحقاق كل منهما القتل فكما أن المحكوم عليه بالقصاص والرجم لا يزول ملكه فكذلك المرتد^(١) .

المناقشة :

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق وذلك أن المقضي عليه بالقصاص والرجم لم يزل مابه عصمة المال والنفس ، وإنما استحق ذلك بما هو من حقوق تلك العصمة فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله ، وأما المرتد فقد انعدم ههنا مابه من العصمة في حق النفس فكذلك في حق المال لأنها تابعة للنفس في العصمة^(٢) .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن ملك المرتد يزول بمجرد رده بما يلي :

الدليل الأول : مارواه طارق بن شهاب^(٣) أن أبا بكر الصديق^(٤) رضي الله عنه

قال لو فد بزاخة^(٥) ، وغطفان^(٦) ، نغنم مأصبتنا منكم ، وتردون إلينا مأصبتكم منا^(٧) .

(١) انظر المبسوط للسرخسي ١٠٥ / ١٠ وفتح القدير لابن الهمام ٣٩٠ / ٤ .

(٢) انظر المبسوط للسرخسي ١٠٥ / ١٠ .

(٣) طارق بن شهاب بن عبد شمس بن هلال بن سلمة بن خيثم البجلي الأحمسي أبو عبد الله الكوفي رأى النبي ﷺ ، وروى عنه مرسلا ، وعن الخلفاء الأربعة وغيرهم من الصحابة مات سنة ٨٤ هـ الكاشف للذهبي ٤٠ / ٢ ، تهذيب التهذيب ٤ / ٥ .

(٤) أبو بكر الصديق : هو عبد الله بن عثمان بن عامر ، خليفة رسول الله ﷺ وصاحبه في الحضر والسفر ، وأول من آمن به من الرجال كان رضي الله عنه من أعلم الصحابة ، قدمه رسول الله ﷺ للصلاة في حياته كانت خلافته سنتين وأشهرًا ، توفي رضي الله عنه في سنة ١٣ هـ عن ٦٣ سنة .

انظر الإصابة ٣٣٣ / ٢ (طبعة دار الكتاب العربي) الرياض النضرة ١ / ٦١ .

(٥) بزاخة : بالضم قال الأصمعي : ماء لطيء بأرض نجد ، وقيل : ماء لبني أسد كانت فيه وقعة عظيمة في أيام أبي بكر الصديق رضي الله عنه مع طليحة بن خويلد الأسدي وكان قد تنبأ بعد النبي ﷺ واجتمع إليه أسد وغطفان فقوي أمره وبعث إليه أبو بكر الصديق خالد بن الوليد فقاتله وهزمه ، معجم البلدان لياقوت ٤٠٨ / ١ ، النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٤١ / ١ .

(٦) غطفان : بطن من قيس عيلان من العدنانية متسع كثير الشعوب والأفخاذ منازلهم بنجد ، مما يلي وادي القرى وجبل طيء « أجا وسلمي » ثم تفرقوا في الفتوحات الإسلامية ، واستولت على مواطنهم هناك قبائل طيء ، نهاية الأرب ص ٣٨٨ ، معجم قبائل العرب لعمر رضا كحالة ٨٨٨ / ٣ .

(٧) ورد الاستدلال بهذا الأثر في كتاب المذهب للشيرازي ٢٢٤ / ٢ ، مختصرا وقد ذكره صاحب المنتقى مطولا بلفظ « جاء وفد بزاخة من أسد وغطفان إلى أبي بكر يسألونه فخيرهم بين الحرب المجلية ، والسلم الخزية ، فقالوا : هذه المجلية قد عرفناها فما الخزية ؟ قال : تنزع منكم الحلقة والكراع ، ونغنم مأصبتنا منكم ، وتردون علينا مأصبتكم منا ، =

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن وفد بزاخة وغطفان من المرتدين ، وقد أفاد قول أبي بكر : « نغنم ماأصبنا منكم » أنه لا ملك لهم وأن ملكهم قد زال بردتهم .

المناقشة :

ويمكن مناقشة هذا الدليل : أن يقال أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه غنم أموالهم التي كانت معهم ، ولم يأمر بأخذ جميع أموالهم .

الدليل الثاني : عقلي وهو أنه عصم بالإسلام دمه وماله ثم ملك المسلمون دمه بالردة لزوال العصمة فوجب أن يملكوا ماله بالردة^(١) .

المناقشة :

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن يقال : لانسلم أن زوال العصمة كامل في حق المرتد ، لأن من حقه أن يدعى إلى الإسلام لذلك لا يمكن الحكم بزوال ماله بمجرد رده ، بل لابد أن يوقف زواله على عدم عودته إلى الإسلام ، فإن لم يعد تبين زوال ماله وإن عاد إلى الإسلام عاد إليه ماله .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن مال المرتد موقوف لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة ولأن للقول بوقف مال المرتد فوائد منها :

= وتدون قتلانا وتكون قتلاكم في النار ، وتتركون أقواما يتبعون أذناب الإبل حتى يري الله خليفة رسوله والمهاجرين والأنصار أمرا يعذرونكم له ، فعرض أبو بكر ماقال على القوم فقام عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : قد رأيت رأيا وسنشير عليك ؛ أما ماذكرت من الحرب المجلية والسلم المخزية فنعم ماذكرت ، وأما ماذكرت من أن نغنم ماأصبنا منكم وتردون ماأصبتم منا فنعم ماذكرت ، وأما ماذكرت تدون قتلانا وتكون قتلاكم في النار فإن قتلانا قاتلت على أمر الله ، أجورها على الله ليس لها ديات . فتبايع القوم على ماقال عمر « رواه البرقاني على شرط البخاري .

انظر نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ٢٢ / ٨ ، وقد ذكره البخاري مختصرا .

انظر فتح الباري ١٣ / ٢٠٦ حديث رقم ٧٢٢١ ، وجاء في تلخيص الحبير ٢ / ٤٧ عندما ذكر ابن حجر هذا الحديث مانصه : « رواه البيهقي من حديث أبي إسحاق عن عاصم بن ضمرة ، ورواه البخاري من طريق طارق بن شهاب ، وساق الحديث بطوله » .

(١) المذهب للشيرازي ٢ / ٢٢٤ .

أ - أن فيه ترغيباً للمرتد بالعودة إلى الإسلام ، إذا مارأى ماله موقوفا فيرغب في الرجوع من أجل أن يرجع إليه ماله ، لأننا لو قلنا بزوال ملكه عنه نهائيا لما تحققت تلك المصلحة لأن ماله يكون قد زال عنه ، وليس فيه أمل بأن يرجع إليه فلا يرغب في الرجوع .

ب - في حالة زوال ملكه عنه ، تضيع على الدائنين فرصة تعجيل استيفاء ديونهم بخلاف ماله كان ماله موقوفا فإن ديونه تؤخذ منه فوراً .
وبعد أن عرفنا حكم أملاك المرتد لا بد أن نشير إلى حكم أملاك المرتدة فعند الأئمة الثلاثة حكمها حكم المرتد ، فيجري فيها الخلاف السابق في زوال ملكها^(١) .

وأما عند الحنفية فإن المرتدة لا يزول ملكها عن مالها جاء في البدائع « وأما المرتدة ، فلا يزول ملكها عن أموالها بلا خلاف ، فتجوز تصرفاتها في مالها بالإجماع »^(٢) ، لأنها لا تقتل فلم تكن ردتها سبباً لزوال ملكها عن أموالها بلا خلاف فيجوز تصرفها^(٣) .

تصرفات المرتد العقدية : وأما تصرفات المرتد العقدية فللعلماء فيها خلاف ، فمن الفقهاء من يرى أن منها ما يقبل الوقف ، ومنها ما لا يقبله ، كما أن من الفقهاء من يرى أن الوقف لا يكون إلا بعد حجر القاضي على المرتد ، وأما قبله فإن تصرفه يعتبر نافذاً لذا سنلقي نظرة إجمالية على أقوال الفقهاء في ذلك . ففقهاء المذهب الحنفي يرون تقسيم تصرفات المرتد إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : نافذ بالاتفاق ، وذلك مثل الطلاق ، وقبول الهبة ، وتسليم الشفعة والاستيلاء ونحو ذلك .

القسم الثاني : باطل بالاتفاق ، وذلك مثل النكاح والذبيحة والإرث لأنها تصرفات تعتمد الملة والمرتد لا ملة له .

(١) الكافي لابن عبد البر ١/ ٤٨٥ ، مغني المحتاج للشربيني ٤/ ١٤٠ ، المحرر لأبي البركات ابن تيمية ٢/ ١٦٧ .

(٢) المراد بقول صاحب البدائع (بلا خلاف) وقوله (بالإجماع) أي عند الحنفية لأن المذاهب الثلاثة (المالكية والشافعية والحنابلة) لا يفرقون بين المرتد والمرتدة كما سبق .

(٣) ٧/ ١٣٧ .

القسم الثالث : موقوف بالاتفاق ، وذلك مثل المفاوضة^(١) فإذا ما شارك غيره شركة مفاوضة توقف صفة المفاوضة بالاتفاق ، وكذا التصرف على ولده الصغير ومال ولده لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم .

القسم الرابع : مختلف فيه ، وهو سائر تصرفاته ؛ كالبيع والشراء والإجارة والرهن والهبة والوكالة والوصية . جاء في المبسوط « الحاصل أن تصرفات المرتد أربعة أنواع ، نوع منها نافذ بالاتفاق وهو الاستيلاء حتى إذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه ثبت النسب منه وورث هذا الولد مع ورثته ومنها ما هو بالاتفاق باطل في الحال كالنكاح والذبيحة لأن الحل بهما يعتمد الملة ولا ملة للمرتد ، فقد ترك ما كان عليه وهو غير مقرر على ما اعتمده ، ومنها ما هو موقوف بالاتفاق وهو المفاوضة ، فإنه إذا شارك غيره شركة مفاوضة توقف صفة المفاوضة بالاتفاق ، وإن اختلفوا في توقف أصل الشركة ، ومنها ما هو مختلف فيه وهو سائر تصرفاته عند أبي حنيفة رحمه الله يتوقف بين أن ينفذ بالإسلام أو يبطل إذا مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب ، وعندهما نافذ »^(٢) .

ويرى الحنفية أن المرتد إذا مالق بدار الحرب أو حكم الحاكم بلحقه أو مات أنه يزول ملكه بالاتفاق ، ولا يكون موقوفا^(٣) ، وأما قبل حكم الحاكم ففي زوال ملكه عندهم خلاف كما سبق .

(١) يعرف الحنفية شركة المفاوضة بأنها الشركة التي تقوم على أساس المساواة بين الشريكين في التصرف والمال والدين وتكون في جميع التجارات كما يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق . انظر بدائع الصنائع ٦ / ٥٨ .

وشركة المفاوضة عند الحنابلة نوعان : أحدهما : تفويض كل شريك إلى صاحبه شراء وبيعاً في الذمة ومضاربة وتوكيلاً ومسافرة وارتهاًنا وضمان ما يرى من الأعمال فهذه شركة صحيحة .
الثاني : أن يدخل الشريكان في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو هبة أو ما يجده من لقطة وغير ذلك ، وهذا النوع غير جائز لما فيه من الغرر وإذا وقع كان فاسداً .

انظر المغني لابن قدامة ٥ / ٢٩ ، ٣٠ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٣٤٢ ومطالب أولي النهى ٣ / ٥٥٣ .

(٢) ١٠ / ١٠٤ وانظر تبين الحقائق ٣ / ٢٨٨ . وقوله : « وعندهما » أي عند أبي يوسف ومحمد .

(٣) جاء في الجوهرة النيرة ٢ / ٣٧٨ « وإن لحق بدار الحرب مرتداً أو حكم الحاكم بلحقه عتق مدبروه ، وأمهات أولاده من الثلث وحلت الديون التي عليه وهذا قولهم جميعاً ، أما على أصل أبي حنيفة فإن زوال ملكة بالردة مراعى ، والحكم باللحاق بمنزلة موته ، ولو مات استقر زوال ملكه وعتق مدبروه وأمهات أولاده ، وأما على أصلهما فإن ملكه لم يزل بالردة وإنما يزول بالموت أو باللحاق إذا حكم به فاتفق الجواب فيه » .

والمذاهب الثلاثة لا نجد فيها التقسيم المذكور عند الحنفية ، فالمالكية يرون أن المرتد يكون محجورا عليه بنفس الأرتداد ويوقف ماله ، وكذلك تصرفاته العقدية^(١) إلا أن يكون عقد نكاح فإنه يبطل^(٢) .

وأما الشافعية فيرون بطلان تصرفه في عقد النكاح ، وماعده من التصرفات العقدية لا يخلو تصرفه فيها عندهم من حالتين : إما أن يكون بعد الحجر أو قبله فإن كان بعده لم يصح تصرفه فيه ، وإن كان قبله ففيه ثلاثة أقوال بناء على الأقوال في بقاء ملكه أحدها : يصح ، والثاني : لا يصح ، والثالث : موقوف^(٣) ، لكن هل يصير المرتد محجورا عليه بنفس الردة أم لا بد من ضرب القاضي ؟ فيه وجهان وقيل قولان قال ابن النقيب^(٤) أصحهما الثاني ، وجزم به جماعة . وقال الماوردي^(٥) : إن الجمهور عليه . وقال الشرييني : إن مقتضى كلام الشيخين^(٦) الأول وهو الظاهر^(٧) .

والحنابلة يرون أن تصرف المرتد في النكاح بعد الردة باطل ، وأما غير النكاح كالمعاوضات والوصية ونحو ذلك ففيه خلاف عندهم قيل : إنه نافذ . وقيل : باطل . وقيل : موقوف . جاء في القواعد « حكم تصرفاته بالمعاوضات

(١) انظر الكافي لابن عبد البر ١٠٩ / ٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٦ / ٤ .

(٢) انظر المدونة للإمام مالك ٢٢٠ / ٢ ، والتاج والإكليل للمواق ٤٣٨ / ٣ .

(٣) جاء في الأم للشافعي ٥١ / ٥ « إذا ارتد المسلم فنكح مسلمة أو مرتدة أو مشركة أو وثنية فالنكاح باطل ، وجاء في مغني المحتاج ١٥٦ / ٣ ، « المرتد لا يلي مطلقا لا على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرهما لانقطاع الموالاة بينه وبين غيره ولا يزوج أمته بملك كما لا يتزوج » .

(٤) ابن النقيب : محمد بن أبي بكر بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن محمد بن حمدان بن النقيب ، ولد تقريبا سنة ٦٦٢ هـ وأخذ شيئا من الفقه عن الشيخ محيي الدين النووي وخدمه وتفقه بالشيخ شرف الدين المقدسي وسمع الحديث منه ، ولي قضاء حمص فطرابلس ثم حلب ثم صرف عنها وعاد إلى دمشق وولي التدريس بها وكان من أساطين الفقه توفي سنة ٧٤٥ هـ ودفن بالصالحية بدمشق ، شذرات الذهب ١٤٤ / ٦ ، الأعلام ٥٥ / ٦ .

(٥) الماوردي : هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري ، فقيه أصولي مفسر أديب سياسي ، ودرس بالبصرة وبيغداد وولي القضاء ببلدان كثيرة ، وبلغ منزلة عند ملوك بني بويه ، توفي ببغداد سنة ٤٥٠ هـ . له مصنفات منها : « الحاوي الكبير في فروع الفقه الشافعي » و « الأحكام السلطانية » و « قوانين الوزارة » :

انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣١ وشذرات الذهب ٢٨٥ / ٣ - ٢٨٧ .

(٦) الشيخان : المراد بهما الرافعي والنووي ، انظر مغني المحتاج للشرييني ٣ / ١ .

(٧) مغني المحتاج للشرييني ١٤٢ / ١ .

والتبرعات وغيرها إن قلنا لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة .. وإن قلنا يزول ملكه في الحال جعل في بيت المال و لم يصح تصرفه فيه بحال لكن إن أسلم رد إليه ملكا جديدا ، وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فإن أسلم أمضيت وإلا تبينا فسادها ... ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الإقرار على النكاح ، وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة عن أمته الكافرة ^(١) .

فظهر من هذا العرض لأقوال الفقهاء أنهم يتفقون على أن تصرفات المرتد العقدية في النكاح باطلة لأن النكاح لا يقبل الوقف ، والمراد به إنشاء النكاح وابتدائه ، أما الوارث المسلم - والعياذ بالله - بعد عقد النكاح فللعلماء في حكم عقده خلاف سنوضحه فيما بعد ، أما ما عدا عقد النكاح من التصرفات كالبيع والشراء والهبة والتوكيل والوصية فللعلماء في تصرفه فيه ثلاثة أقوال :-

القول الأول : أنه تصرف موقوف وبه قال أبو حنيفة ^(٢) والمالكية ^(٣) ، وبعض الشافعية ^(٤) ، وبعض الحنابلة ^(٥) .

(١) ابن رجب ص ٤٤٢ ، وجاء في المغني لابن قدامة ٨ / ١٢٨ ، ١٢٩ « ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد رده في قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو بكر : يزول ملكه برده وإن راجع الإسلام عاد إليه تملكيا مستأنفا .. وقال أصحاب أبي حنيفة ماله موقوف إن أسلم تبينا بقاء ملكه ، وإن مات أو قتل على رده تبينا زواله من حين رده قال الشريف أبو جعفر : هذا ظاهر كلام أحمد ، وعن الشافعي ثلاثة أقوال كهذه الثلاثة ، وجاء أيضا « تصرفات المرتد في رده بالبيع والهبة والعق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوف إن أسلم تبينا أن تصرفه كان صحيحا وإن قتل أو مات على رده كان باطلا وهو قول أبي حنيفة وعلى قول أبي بكر تصرفه باطل وهذا أحد أقوال الشافعي » . ا. ه .
وقول ابن قدامة : « وقال أصحاب أبي حنيفة : ماله موقوف » فيه نظر فإن هذا هو رأي أبي حنيفة كما ذكر ذلك ابن قدامة فيما بعد ، وأما أصحاب أبي حنيفة فيرون أنها نافذة .
انظر ص ١٨٤ ، ١٨٥ من هذا البحث .

وانظر الكافي لابن قدامة ٣ / ١٦١ ، والمحزر لأبي البركات ابن تيمية ٢ / ١٦٨ ، والفروع لابن مفلح ٦ / ١٧٤ ، والمبدع ٩ / ١٨٤ ، ١٨٥ ، والإنصاف للمرداوي ١٠ / ٣٣٩ - ٣٤١ ، كشف القناع ٦ / ١٨٢ ، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٩٣ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٠ / ١٠٤ ، ١٠٥ ، بدائع الصنائع للكاتاني ٦ / ٢٠ ، ١٣٦ / ٧ ، الهداية للمرغيناني ٢ / ١٦٥ ، والعناية للبارقي ٤ / ٣٩٧ ، وفتح القدير لابن الهمام ٤ / ٣٩٦ ، تبين الحقائق للزيلعي ٣ / ٢٨٧ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٥ / ١٤٣ ، والدر المختار شرح تنوير الأبصار ١ / ٤٨٤ .

(٣) جاء في الكافي لابن عبد البر ٢ / ١٠٩٠ « ويوقف المرتد عن ماله والتصرف فيه » وانظر الخرشي على خليل ٨ / ٦٦ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٣٠٦ .

(٤) جاء في المهذب للشيرازي ٢ / ٢٢٤ « وتصرفه في المال إن كان قبل الحجر ففيه ثلاثة أقوال أحدها ... أنه موقوف » . وانظر روضة الطالبين للنووي ١٠ / ٧٨ ، ونهاية المحتاج للرمل ٥ / ١٧ ، وتحفة المحتاج لابن حجر ٥ / ٢١٧ ومغني المحتاج للشربيني ٤ / ١٤٣ ، وتحفة الحبيب ٤ / ٢٠٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٨ / ١٢٨ ، ١٢٩ ، والكافي لابن قدامة ٣ / ١٦١ ، والمحزر لأبي البركات ٢ / ١٦٨ ، والفروع لابن مفلح ٦ / ١٥٤ ، والمبدع شرح المقنع ٩ / ١٨٤ والإنصاف للمرداوي ١٠ / ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، وكشاف القناع للبهوتي ٦ / ١٨٢ وشرح منتهى الإرادات ٣ / ١٣٩٣ .

القول الثاني : أن تصرفه باطل ، وهو قول للشافعي في الجديد^(١) وبه قال أبو بكر من الحنابلة^(٢) .

القول الثالث : أن تصرفه نافذ وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٣) وبعض الحنابلة^(٤) .

الأدلة :

استدل من قال بأن تصرفات المرتد موقوفة بما يلي :

الدليل الأول : من القياس : وهو قياس تصرفات المرتد على تصرفات المريض بجامع أن ملك كل منهما قد تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه ، فكما أن تصرفات المريض موقوفة فكذلك المرتد^(٥) .

الدليل الثاني : عقلي : وهو أنه قد وجد سبب زوال الملك وهو الردة لأنها سبب لوجوب القتل ، والقتل سبب لحصول الموت ، فكان زوال الملك عند الموت مضافا إلى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب بأمواله لأنه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته ، فكان ينبغي أن يحكم بزوال ملكه إلا أننا توقفنا فيه لاحتمال عوده إلى الإسلام ... ولما كان ملكه موقوفا كانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة^(٦) .

(١) جاء في مغني المحتاج للشربيني ١٤٣ / ٤ « يبعه وهبته ورهنه وكتابته ونحوها مما لا يقبل الوقف باطلة بناء على بطلان وقف العقود وهو الجديد » . وانظر : المهذب للشيرازي ٢ / ٢٢٤ ، وروضة الطالبين للنووي ١٠ / ٧٨ وشرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٤ / ١٢٣ ، ٢٦٥ ، وتحفة الحبيب ٤ / ٢٠٧ .

(٢) المغني لابن قدامة ٨ / ١٢٩ ، والقواعد لابن رجب ٤٤٢ ، والمحزر لأبي البركات ٢ / ١٦٨ ، والفروع ٦ / ١٥٤ ، والمبدع ٩ / ١٨٤ ، ١٨٥ ، والإنصاف للمرداوي ١٠ / ٣٤٠ .

(٣) جاء في تبين الحقائق ٣ / ٢٨٧ « وقال أبو يوسف ومحمد يجوز تصرفه » أي المرتد . وانظر المبسوط للسرخسي ١٠ / ١٠٤ ، ١٠٥ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٧ / ١٣٦ وفتح القدير لابن الهمام ٤ / ٣٩٦ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١ / ٦٩٠ .

(٤) المحزر لأبي البركات ٢ / ١٦٨ ، القواعد لابن رجب ص ٤٤٢ ، والإنصاف للمرداوي ١٠ / ٣٤٠ ، ٣٤١ .

(٥) المغني لابن قدامة ٨ / ١٣٠ .

(٦) هذا الدليل لأبي حنيفة ، انظر بدائع الصنائع ٧ / ١٣٧ .

دليل القول الثاني : واستدل القائلون بأن تصرفاته باطلة بما استدلوا به على أن ملكه قد زال بردته ، وإذن يبطل تصرفه إذ لا ملك له^(١) . وقد سبقت مناقشة هذا الدليل^(٢) .

دليل القول الثالث : واستدل القائلون بأن تصرفات المرتد نافذة بأن صحة التصرف تعتمد الأهلية وهي موجودة في المرتد لكونه مخاطبا ، والنفذ يعتمد الملك ، وهو موجود لقيامه قبل موته بتنفيذ تصرفاته^(٣) .

المناقشة :

ناقش البابرقي^(٤) هذا الدليل فقال : « لانسلم وجود الأهلية لأن الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد ، كما أنها ليست بموجودة في الحربي لأن كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة ، وذلك يوجب الخلل في الأهلية »^(٥) .

. وأرى أن مناقشة البابرقي لهذا الدليل فيها نظر فإن نفي الأهلية الكاملة عن المرتد غير مسلم وذلك لكونه مخاطبا ، واستحقاق القتل لا يزيل الأهلية أو ينقصها ، ولكن يمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن المرتد وإن كان كامل الأهلية إلا أنه لما كان مهدر الدم ، وقد تعلقت بما له حقوق للآخرين أصبح كالمرضى مرض الموت فإنه كامل الأهلية ومع ذلك يدخل التوقف في تصرفاته » .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول ، وهو أن تصرفات المرتد العقدية موقوفة بناء على مارجحته فيما سبق أن أمواله موقوفة فكذلك تصرفاته ، كما أن أدلة القائلين بالنفذ أو البطلان لم تسلم من المناقشة .

(١) انظر المذهب للشيرازي ٢/ ٢٢٤ ، والمغني لابن قدامة ٨/ ١٢٣ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٨/ ٢٢ .

(٢) انظر ص ١٨١ وما بعدها من هذا البحث .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ١٠/ ١٠٥ ، بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ١٣٦ ، فتح القدير لابن الهمام ٤/ ٣٩٦ ،

تبيين الحقائق للزيلعي ٣/ ٢٨٧ ، البحر الرائق لابن نجيم ٥/ ١٤٣ .

(٤) البابرقي : هو محمد بن محمد بن محمود بن أحمد البابرقي الرومي الحنفي أكمل الدين فقيه أصولي فرضي متكلم مفسر توفي سنة ٧٨٦ هـ . له مصنفات منها « العناية في شرح الهداية » و « السراجية في الفرائض » انظر تاج التراجم ص

٤٩ ، وشذرات الذهب ٦/ ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، والفوائد البهية ص ١٩٥ - ١٩٩ .

(٥) العناية للبابرقي بهامش فتح القدير لابن الهمام ٤/ ٣٩٧ .

الفصل الحادي عشر عقد الرقيق غير المأذون

المبحث الأول : المراد بالرقيق غير المأذون

الرق بالكسر في اللغة الضعف ، ومنه رقة القلب ، وهو مصدر رق الشخص يرق من باب ضرب فهو رقيق - قال ابن السكيت^(١) : يطلق الرقيق على الذكر والأنثى ، وجمعه أرقاء مثل شحيح وأشحاء ، والرق هو العبودية ، والرقيق : العبد ، وقد يقال للعبيد ، ومنه هؤلاء رقيقي ، ورق العبد صار أو بقي رقيقا ، واسترقه اتخذه رقيقا^(٢) . والرق في عرف الفقهاء : هو ضعف حكمي يتهيأ الشخص لقبول تملك غيره إياه بالاستيلاء عليه ، كما يملك الصيد وسائر المباحات^(٣) . ومعنى « الضعف الحكمي » أن الشرع هو الذي حكم بضعفه من حيث ملكية الحقوق التي يملكها الحر ، وإن كان الرقيق من حيث سلامة بنيته وكال عقله قد يكون أفضل من الحر بدرجات ، لكن الشرع حكم بضعفه ، فضعفه إذن حكمي لاحقيقي . والمراد بغير المأذون أي الذي لم يحصل على إذن من سيده بالتصرف بالبيع والشراء .

(١) ابن السكيت : يعقوب بن إسحاق أبو يوسف بن السكيت ، والسكيت : لقب أبيه إمام في اللغة والأدب أصله من خوزستان - بين البصرة وفارس - ببغداد واتصل بالمتوكل العباسي فعهد إليه بتأديب أولاده المعتز والمؤيد ، وفي أحد الأيام كان عند المتوكل فدخل عليه أبناءه فقال له : يا يعقوب أيهما أحب إليك ابناي هذان أم الحسن والحسين ؟ فغض من ابنيه وذكر محاسن الحسن والحسين ، فأمر المتوكل الأتراك فداسوا بطنه فمات من الغد ، وكان وفاته سنة ٢٤٤ هـ وولادته سنة ١٨٦ هـ .

له مصنفات كثيرة منها : « إصلاح المنطق » و « القلب والإبدال » و « المذكر والمؤنث » و « الأمثال » .

انظر معجم الأدباء ٢٠ / ٥٠ ، ٥٢ ، وشذرات الذهب ٢ / ١٠٦ .

(٢) المغرب في ترتيب المغرب ١ / ٢١٦ ، الصحاح للجوهري ٤ / ١٤٨٣ ، المصباح المنير ١ / ٢٥٢ ، المعجم الوسيط ١ / ٣٦٦ .

(٣) شرح الشنشوري على متن الرحبية ص ٥٣ (مطبوع مع حاشية الباجوري) والتعريفات للجرجاني ص ٥٩ ، والتعريفات لمنلا مسكين ورقة ٧ مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٢١٥١٧ ، وحاشية الفناري على شرح السراجية ص ٥٩ .

المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد الرقيق غير المأذون له

اختلف العلماء في حكم عقد الرقيق غير المأذون له من حيث نفاذ عقده ، أو عدم نفاذه وسنوضح آراء العلماء في ذلك ، ولا بد أن تشير قبل أن نتكلم على حكم عقده إلى أن من العلماء من يفرق بين تصرف الرقيق بعين مال السيد ، وبين تصرفه في الذمة ، ومنهم من لا يفرق بينهما .

فأما الشافعية والحنابلة فإنهم يفرقون بين التصرف بعين المال والتصرف في الذمة . ففي مذهب الشافعية إذا كان التصرف بعين المال لم يصح جاء في نهاية المحتاج « ولو اشترى العبد بعين مال السيد بطل جزماً »^(١) . وقد استثنى فقهاء الشافعية من ذلك حالتين يصح فيهما شراؤه بعين مال السيد وهما :

الحالة الأولى : أن يمتنع سيده من الإنفاق عليه ، ولا يتمكن من مراجعة الحاكم .

الحالة الثانية : أن تعتذر مراجعة الرقيق لسيده ، ولا يتمكن من مراجعة الحاكم .

ففي إحدى هاتين الحالتين يصح تصرف الرقيق بحدود ما تمس حاجته إليه . جاء في حاشية الجمل^(٢) على شرح المنهج « وقد يصح تصرفه فيه بغير إذن سيده كأن يمتنع سيده من إنفاقه عليه ، أو تعتذرت مراجعته ، ولم يمكنه في الصورتين من مراجعة الحاكم فيصح شراؤه في الذمة وبعين مال سيده ما تمس حاجته إليه »^(٣) .

وإن كان تصرفه في الذمة ففي مذهب الشافعية قولان أحدهما : أنه باطل^(٤) ،

(١) ١٦٨ / ٤ .

(٢) الجمل : سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى المعروف بالجمل صوفي لم يتزوج من أهل منية عجيل إحدى قرى الغربية بمصر انتقل إلى القاهرة وتفقه على الشيخ عطية الأجهوري له مؤلفات منها الفتوحات الإلهية ، وحاشية على تفسير الجلالين ، والمواهب المحمدية بشرح الشمائل الترمذية ، وفتوحات الوهاب حاشية على شرح المنهج في فقه الشافعية توقي سنة ١٢٠٤ هـ . انظر عجائب الآثار للجبرتي ٢ / ٨٨ (دار فارس للطباعة والنشر) والأعلام للزركلي ٣ / ١٣١ .

(٣) ٢١٩ / ٣ وجاء في نهاية المحتاج للملي ٤ / ١٦٩ « يصح تصرفه بغير إذن كأن امتنع سيده من إنفاقه ، أو تعتذرت مراجعة الحاكم فيصح شراؤه لما تمس حاجته إليه » . قال الشبرايملي في حاشيته على النهاية : « قوله ولم تمكنه مراجعة الحاكم » قيد له لما في المسألتين « ١ هـ .

(٤) يستثنى من القول بالبطلان إذا كان التصرف في الذمة ما يستثنى من تصرفه إذا كان بعين مال السيد ، انظر ماسبق أن نقلناه عن حاشية الجمل على شرح المنهج ٣٠ / ٢١٩ .

والثاني يصح جاء في نهاية المحتاج « العبد إن لم يؤذن له في التجارة لا يصح شراؤه ، وكل تصرف مالي كذلك إن كان في الذمة بغير إذن سيده المعتبر إذنه شرعا في الأصح لأنه محجور عليه لحق سيده ، والثاني يصح لتعلق الثمن بالذمة ولا حجر لسيده فيها »^(١) .

وفي مذهب الحنابلة تصرف الرقيق غير المأذون بعين المال لا يصح وفي رأي آخر أنه يصح ويقف على إجازة السيد جاء في المغني « أما غير المأذون فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال ... ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد »^(٢) .

وأما تصرفه في الذمة فللحنابلة في ذلك رأيان أحدهما يصح ، والثاني لا يصح . جاء في المغني « أما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح ... ويحتمل أن يصح »^(٣) .

وأما الحنفية والمالكية فإنهم لا يفرقون بين التصرف بعين المال والتصرف في الذمة ، بل يرون أن تصرفات الرقيق غير المأذون صحيحة موقوفة على إجازة السيد . جاء في الجوهرة النيرة « ومن باع من هؤلاء - المراد الصبي والرقيق أطلق لفظ الجمع على الاثنين وهو جائز^(٤) - وهو يعقل العقد ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه »^(٥) .

وجاء في مواهب الجليل « إذا باع العبد بغير إذن سيده أو اشترى فللسيد رده وإجازته وإن لم يرد ذلك حتى أعتقه مضى »^(٦) .

ويفهم من النصوص السابقة وغيرها أن القائلين^(٧) بأن تصرف الرقيق موقوف على إجازة سيده يشترطون لذلك شرطين :

(١) ١٦٩ / ٤ .

(٢) ابن قدامة ٢٧٥ / ٤ ، وانظر الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة ٥٧٥ / ٢ .

(٣) ابن قدامة ٢٧٥ / ٤ وانظر الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة ٥٧٥ / ٢ .

(٤) المساعد على تسهيل الفوائد ٧١ / ١ ، ٧٢ وفتح القدير للشوكاني ٤١٨ / ٣ .

(٥) ٢٩٢ / ١ وانظر البحر الرائق لابن نجيم ٨٩ / ٨ وفتح القدير لابن الهمام ٣١٠ / ٧ ومجمع الأنهر شرح ملتقى

الأبحر ٤٣٨ / ٢ .

(٦) الخطاب ٢٤٧ / ٤ ، وانظر الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ١٨ / ٣ .

(٧) الحنفية والمالكية ، ويوافقهم في ذلك الحنابلة في الرأي السابق في تصرف الرقيق بعين مال سيده انظر ص ١٩٠ من

هذا البحث .

الشرط الأول : أن يكون الرقيق ممن يعقل التصرف ويقصده ، كما هو صريح من نص عبارة الجوهرية المذكور آنفا ، وإلى ذلك الشرط أشار البهوتي^(١) بقوله « لولي مميز ذكرا كان أو أنثى ولسيد عبد مميز ، أو بالغ الإذن لهما في التجارة »^(٢) .

فقد ذكر أن التمييز معتبر في العبد المأذون له ، وإذن فإن غير المأذون له من باب أولى .

الشرط الثاني : أن يكون تصرف الرقيق في العقود الدائرة بين النفع والضرر ، وعامة الفقهاء وإن لم يصرحوا بهذا الشرط إلا أنه مفهوم من تمثيلهم لتصرف الرقيق الموقوف بالبيع والشراء ، لأن البيع والشراء من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، وقد صرح بهذا الشرط السمرقندي^(٣) فقال : « ولو اشترى عبد لمولاه بغير إذنه فإنه يتوقف على إجازته ... وهذا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة »^(٤) .

فتلخص مما سبق أن ذكرناه أن للعلماء في تصرفات الرقيق غير المأذون له ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن تصرف الرقيق غير المأذون له باطل سواء كان في عين المال^(٥) كما هو رأي الشافعية والحنابلة ، أو في الذمة كما هو رأي بعض العلماء منهم .

(١) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن إدريس أبو السعادات البهوتي شيخ الحنابلة في مصر ، من مؤلفاته شرح الإقناع ثلاثة أجزاء وشرح منتهى الإرادات ، والروض المربع شرح زاد المستقنع والعمدة في الفقه توفي سنة ١٠٥١ هـ / انظر السحب الوابلة ص ٣٠٩ .

(٢) كشف القناع ٤٥٧ / ٣ ، وانظر شرح منتهى الإرادات ٢٩٦ / ٢ .

(٣) السمرقندي : هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي أستاذ مشهور وشيخ كبير فاضل جليل القدر تفقه على أبي المعين ميمون المكحولي ، وعلى صدر الإسلام البزدوي ، وتفقهت عليه ابنته فاطمة وزوجها أبو بكر الكاساني ، توفي سنة ٥٤٠ هـ .

له مصنفات منها « تحفة الفقهاء » و « ميزان الأصول في نتائج العقول » انظر الجواهر المضية ٦ / ٢ ، وكشف الظنون ٣٧١ - ١٩١٧ ، والفوائد البهية ١٥٨ .

(٤) تحفة الفقهاء ٤٢ / ٢ ، وجاء في البناية شرح الهداية للعيني ٦٨٣ / ٣ « هذه المعاني الثلاثة يعني الصغير والجنون والرق توجب الحجر في الأقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء وأما الأقوال التي فيها نفع محض فالصبي فيها كالبايع وبهذا يصح منه قبول الهبة والإسلام ولا يتوقف على إذن الولي ، وكذلك العبد والمعتوه ، وأما ما يتمحض منه ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد » ا.هـ . وجاء في العناية للبايرتي « تصرفهم (أي الصبي والعبد) فيما تردد بين الضرر والنفع موقوف إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم » ا.هـ العناية مطبوع بهامش فتح القدير ٣١٠ / ٦ .

(٥) يستثنى من القول بالبطلان في مذهب الشافعية حالتان وقد سبق ذكرهما في أول الكلام على حكم تصرفات الرقيق .

القول الثاني : أن تصرف الرقيق في ذمته صحيح وبهذا القول قال بعض علماء الشافعية وبعض علماء الحنابلة .

القول الثالث : أن تصرف الرقيق صحيح موقوف على إذن السيد ، وبهذا القول قال الحنفية والمالكية - ولم يفرقوا بين تصرف الرقيق بعين مال السيد أو في ذمته - كما قال به الحنابلة - في رأي عندهم فيما إذا كان تصرف الرقيق بعين مال السيد .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بطلان تصرف الرقيق بدون إذن السيد بعين ماله وبذمته من الشافعية والحنابلة بما يأتي :

الدليل الأول : قياس تصرف الرقيق بعين مال السيد على تصرف المفلس في أعيان أموال الغرماء فكما أن تصرف المفلس باطل فكذلك الرقيق^(١) .

المناقشة :

ونوقش هذا الدليل فقليل : إن قياسكم تصرف الرقيق على تصرف المفلس قياس مع الفارق ، لأنكم في المفلس لا تحجرون عليه في ذمته ، وإنما تحجرون عليه في أعيان ماله مراعاة لحقوق الغرماء ، أما الرقيق فإن الحجر عليه عندكم في كليهما فأصبحت المشابهة ناقصة ، فإما أن تجعلوا الحجر على الرقيق في الأعيان دون الذمة وإما أن تبطلوا المشابهة^(٢) .

الدليل الثاني : قياس تصرف الرقيق غير المأذون له على تصرف الفضولي فكما أن تصرف الفضولي باطل فكذلك الرقيق^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : سلمنا بأن تصرف الرقيق كتصرف الفضولي ، لكن لانسلم بأن تصرف الفضولي باطل ، وإنما هو موقوف على إذن المالك فإن أجاز نفذ وإلا بطل^(٤) وكذلك الرقيق .

(١) انظر المغني لابن قدامة ٢٧٥ / ٤ ، والشرح الكبير لأبي الفرج بن قدامة ٥٧٥ / ٢ .

(٢) أسباب العقد الموقوف للشيخ الضالع ص ١٧١ .

(٣) المغني لابن قدامة ٢٧٥ / ٤ والشرح الكبير لأبي الفرج بن قدامة ٥٧٥ / ٢ .

(٤) انظر ص ٩٧ ، ٩٨ من هذا البحث .

الدليل الثالث : أنه لو صح تصرف الرقيق فإما أن يثبت الملك له وليس هو أهلاً لأن يملك أو لسيدته وذلك إما بعوض يلزمه ، أو بعوض يكون في ذمة العبد والأول مراضي به السيد ، والثاني ممتنع لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلتزم^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن هذا الدليل مسلم على القول بصحة تصرفات العبد ونفاذها ، أما على القول بتوقيف تصرفاته على إجازة سيده فغير وارد ؛ لأن تصرف العبد ليس ملزماً للسيد إذا قلنا بتوقيف تصرفاته بل إن للسيد الخيار يقبول ذلك التصرف أو رده .

واستدل أصحاب هذا القول لجواز تصرف الرقيق بعين مال سيده في الحالتين السابقتين^(٢) بحالة الضرورة والحاجة الملحة للتصرف^(٣) .

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن يقال إن الحاجة والاضطرار لهما أحكام خاصة ، ولا يجوز أن يقاس عليهما مالا تدعو الحاجة والضرورة إليه^(٤) .

دليل القول الثاني :

وقد استدل أصحاب هذا القول لصحة تصرف الرقيق بذمته بدون إذن سيده بأن تصرف الرقيق يتعلق بذمته ولا حرج لسيدته فيها^(٥) .

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال إن الرقيق محجور عليه لحق سيده لأنه مملوك له وإشغال الرقيق ذمته بدون إذن من ملكه يعتبر إضراراً بحق السيد ، لأن شغل ذمة الرقيق منقص لقيمته وغير مرغوب في شرائه .

دليل القول الثالث : استدلال القائلون بأن تصرف الرقيق بدون إذن سيده فيما تردد

(١) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٩ / ١٤٣ (مطبوع مع المجموع شرح المذهب للنووي) .

(٢) قد سبق ذكرهما في أول الكلام على تصرفات الرقيق ص ١٩٠ .

(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي ٤ / ١٦٧ .

(٤) انظر أسباب العقد الموقوف ص ١٧١ .

(٥) انظر نهاية المحتاج للرملي ٤ / ١٦٧ ومغني المحتاج للشربيني ٢ / ٩٩ .

بين الضرر والنفع موقوف على إذن سيده بقياس تصرف الرقيق في مال سيده بدون إذنه على تصرف الفضولي بجامع أن كلا منهما يتصرف في غير ملكه ، فكما أن تصرف الفضولي موقوف على إجازة صاحب الحق فكذلك العبد موقوف على إذن سيده^(١) .

الرأي المختار :

والذي أختاره بعد ذكر الأدلة وما ورد عليها من مناقشات الرأي الثالث الذي يرى بأن تصرفات الرقيق بغير إذن سيده موقوفة على إذن سيده ؛ وذلك لأن تصرفات الرقيق بغير إذن سيده أشبه بتصرف الفضولي ، فكما أننا رجحنا وقف تصرف الفضولي ، فكذلك الرقيق ، بل إن الرقيق أولى من الأجنبي بوقف تصرفه لأنه ألصق بالسيد ، وأقرب إلى ماله ، وأحرص عليه من غيره ، كما أن القول بوقف تصرفه وعدم إبطاله أو إنفاذه فيه مراعاة لأمرين :

الأول : المحافظة على حقوق السيد ، فلا يمكن أن تتعرض للضياع إذا ما كان موقوفا على إجازته .

الثاني : عدم إهدار عبارة العبد ، وذلك لأنه قد يكون في تصرفه مصلحة ومنفعة للسيد فينفذه بعد إطلاعه عليه .

(١) أشار إلى هذا بعض الفقهاء فقال ابن قدامة في المغني ١٧٥ / ٤ : « إن تصرف العبد غير المأذون ببيع أو شراء بعين المال لم يصح ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كتصرف الفضولي » . اهـ . ومثله في الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة ٧٥ / ٢ .

وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ١٩١ / ٥ « ومن عقد منهم (أي الصبي والعبد) عقدا يجيزه الولي أو يفسخه .. لأنه إذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي أو المولى إن رأى فيه ذلك كعقد الأجنبي » . اهـ .

وانظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٤٣٨ / ٢ والبحر الرائق لابن نجيم ٨٩ / ٨ وفتح القدير لابن الهمام ٣١٠ / ٧ والبنية في شرح الهداية ٦٨٣ / ٣ .

الباب الثاني

في التصرفات غير العقدية وفيه أربعة فصول

الفصل الأول	في العبادات .
الفصل الثاني	في المعاملات .
الفصل الثالث	في نظام الأسرة .
الفصل الرابع	في الجنايات .

التصرفات غير العقدية

قبل أن ندخل في موضوعات التصرفات غير العقدية أرى أن أتعرض لموضوع أعتقد أن له علاقة وثيقة بموضوع التصرفات الموقوفة ، ألا وهو التصرفات المعلقة ، ذلك لأنه سبق لنا أن وصلنا إلى أن معنى الوقف في مجال العقود هو وقف الحكم على سبيل المخاطرة في الانعقاد ، وهذا المعنى بخلافه موجود في التصرفات المعلقة ، ذلك لأن هذه التصرفات يتوقف فيها ثبوت الحكم على الأمر المعلق عليه ، فإن حدث ثبت وإن لم يحدث لم يثبت ، ولا يضيرني في هذا أن حدّد الفقهاء ثبوت الحكم فيه بطريق الانقلاب ، إذ يكفي أن معنى المخاطرة في الانعقاد موجود فيه ، لهذا أقول وبالله التوفيق : قبل أن أتكلّم على فكرة الوقف في التصرفات المعلقة لابد أن أبين شروط صحة التعليق ، وموقف العلماء بإيجاز من تعليق التصرفات في الفقه الإسلامي .

شروط صحة التعليق عند العلماء :

أولاً : أن يكون الشرط المعلق عليه معدوماً على خطر الوجود ، أي محتملاً أن يكون وألا يكون ، مثاله : أن يقول شخص عنده مريض إن شفى الله مريضاً لأتصدقن بكذا من المال ، أو يقول الرجل لامرأته إن خرجت اليوم من الدار فأنت طالق وماشابه ذلك فإن الشفاء معدوم الآن ، ويحتمل وجوده في المستقبل وكذلك خروج المرأة اليوم معدوم ويحتمل وجوده .

فإن كان المعلق عليه مستحيل الوجود فإنه لا ينعقد أصلاً ، ويكون الغرض من تعليقه هو إيدان المخاطب باستحالة إنشاء هذا التصرف ، كما لو قال شخص لآخر إن ولج الجمل في سم الخياط فأنت وكيل في بيع هذه السيارة لاستحالة ذلك عادة .

وإذا كان المعلق عليه أمراً واجب الحصول كان تعليقه في الصورة وإضافة في المعنى ، مثل أن يقول شخص لآخر إن طلعت الشمس فأنت وكيل في بيع هذه السيارة^(١) .

(١) انظر كشف الأسرار للبخاري ٢٧٢ / ٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٦٧ وإعلام الموقعين لابن القيم ٢٦٢ / ٣ ، والمهذب للشيرازي ٨٩ / ٢ ، والفروق للقرافي ٧٧ / ١ .

ثانيا : أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة مثل أن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق إن خرجت اليوم دون فاصل بين كلمة إن خرجت وأنت طالق أما لو وجد فاصل زمني بين الشرط والأجزاء - من غير عذر - لم يصح التعليق ويكون الطلاق منجزاً^(١) .

ثالثا : ألا يكون التعليق على مشيئة لا يمكن معرفتها كمشيئة الله تعالى فمن قال لزوجته : أنت طالق إن شاء الله لا يقع الطلاق لأنه ربط الطلاق بما لا يمكن معرفته^(٢) . وهذا الشرط محل خلاف بين العلماء .

وأما موقف العلماء من تعليق التصرفات في الفقه الإسلامي فإن الجمهور منهم يرون أن التصرفات بالنسبة لقابليتها للتعليق من عدمه تنقسم إلى قسمين :

أ - تصرفات لا تقبل التعليق مطلقا ، وذلك مثل عقد البيع والإجارة^(٣) والنكاح^(٤) ، والهبة^(٥) ، والوقف^(٦) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٧ ، الأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ٢/ ٢١١ ومطالب أولي النهى ٥/ ٣٥٨ .
(٢) بهذا الشرط قال الحنفية والشافعية انظر بدائع الصنائع ٣/ ١٢٩ ، والمهذب للشيرازي ٢/ ٨٨ ، وأما المالكية والحنابلة فيرون أن التعليق على مشيئة الله في نحو أنت طالق إن شاء الله يقع ، جاء في الشرح الصغير للدردير ٢/ ٥٨٠ « إذا علقه - أي الطلاق - بما لا يمكن اطلاقا عليه حالا ومآلا كمشيئة الله كقوله : أنت طالق إن شاء الله فإنه يتنجز عليه لأن مشيئة من ذكر لا اطلاقا لنا عليها بخلاف إن شاء زيد فتنتظر مشيئته » اهـ بتصرف .
وجاء في كشف القناع ٥/ ٣١١ « إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شاء الله أو قال : عدي حر إن شاء الله ... طلقت وعتق العبد » اهـ بتصرف .

وانظر في مذهب المالكية والحنابلة : المدونة للإمام مالك ٢/ ١٢٢ ، والفروق للقرافي ١/ ٧٧ ، والفروع لابن مفلح ٥/ ٤٥٢ ، ومطالب أولي النهى ٥/ ٤٤١ .

(٣) جاء في جامع الفصولين ٢/ ٢ إن تعليق التمليكات والتقييدات بالشروط لا يجوز ، وضرب للتمليكات أمثلة فقال : « أما التمليك فكبيع وإجارة واستعجار » وجاء في الفروق للقرافي ١/ ٢٢٩ « ولا يصح التعليق عليه (أي البيع) بأن يقول : إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق » .

وجاء في المهذب للشيرازي ١/ ٢٧٤ « ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدم الحاج لأنه غرر من غير حاجة فلم يجز » . وجاء في الكافي لابن قدامة ٢/ ١٨ « ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء المطر وقدم زيد وطلوع الشمس لأنه غرر ولأنه عقد معاوضة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالنكاح » .

(٤) انظر حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٤٩ ، ومغني المحتاج للشريني ٣/ ١٤١ ، وكشاف القناع للبهوتي ٥/ ٤٠ ومواهب الجليل للحطاب ٣/ ٤٢٢ .

(٥) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ١١٨ ، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٥٦ ، وروضة الطالبين ٥/ ٣٦٦ ، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٩٧ ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٦٥٨ .

(٦) انظر الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٣٠ ، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٤٨ ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٦٢٨ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠٥ ، والفروق للقرافي ١/ ٢٢٩ .

ب - وتصرفات تقبل التعليق مطلقا ، وذلك مثل تعليق الإمارة والقضاء^(١) والإسقاطات كالطلاق والعق^(٢) .

ويزيد علماء الحنفية قسما ثالثا وهو أن من التصرفات ما يصح تعليقها على الشرط الملازم ، ومنه عقدي الكفالة والحوالة وكالإذن للصبي في التجارة .
والذي يهمننا من هذه التصرفات هو ما يصح تعليقه منها ، والغرض من إدخال التصرفات المعلقة في بحث التصرفات الموقوفة هو إبراز فكرة الوقف بصفة عامة في هذه التصرفات ، لا البحث في جزئيات التصرفات ، إذ ليس داخلا في نطاق بحثنا ، وفكرة الوقف في التصرفات المعلقة تبدو غير واضحة وضوحها في تصرف الفضولي ، بسبب أن التعليق فيها أوضح وأظهر ، فلو قال شخص لآخر : إذا سافرت فأنت وكيل في بيع سيارتي ، أو قال الزوج لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق فإن حصول الوكالة متوقف على وقوع السفر ، والطلاق متوقف على دخول الدار ، ولو أخذنا الوقف بالمعنى الذي أشرنا إليه في طبيعة التصرفات العقدية الموقوفة وهو الذي يستند حكمه إلى وقت إنشاء التصرف الأصلي ، أو يستند في الحال ويقتصر على حدوث الأمر اللاحق وهو وقت الإجازة^(٣) ، لوجب أن تستبعد التصرفات المعلقة ، لكن مرادنا بوصف الوقف كما سبق هو كل تصرف لاحق له وقت إجرائه ، وإنما يعرف حكمه عند حدوث أمر لاحق ، وكذا السفر والطلاق في المثالين السابقين لا يعرف حكمهما الآن وإنما يعرف بعد حصول

(١) انظر : جامع الفصولين لابن قاضي سمانه ٢/٢ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢٢/١ ، ومغني المحتاج للشرييني ٧٧/٣ ، والمغني لابن قدامة ٤/٦١٩ ، ٦٢٠ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٢٢ ، ١٢٦ ومختصر الطحاوي ١٩٧ ، ٣٦٨ وتبيين الحقائق للزيلعي ٢/٢٣١ ، والفتاوى الهندية ١/٣٧٣ ، ٣٧٤ ، وحاشية ابن عابدين ٥/٢٥٤ ، والمدونة للإمام مالك ٢/٣٦٠ ، ٣٦١ ، والفروق للقرافي ١/٧٦ ، ٢٢٨ ، والموافقات للشاطبي ١/٢٤٧ ، ومواهب الجليل للحطاب ١/٤٢٢ ، والمهذب للشيرازي ٢/٨٩ ، ٩٠ ، ٩٧ ، وشرح روض الطالب لذكريا الأنصاري ٣/٣٠١ وحاشية الرملي عليه ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/٢١١ ، ونهاية المحتاج للرملي ٧/١٧ ، ومغني المحتاج للشرييني ٣/٣١٧ ، ٣٢٦ ، والكافي لابن قدامة ٢/٥٨٧ - ٥٩٠ ، والفروع لابن مفلح ٣/١٥٢ ، ١٥٣ ، والمبدع في شرح المقنع ٧/٣٢٤ ، والاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ٢٦٢ ، وأعلام الموقعين ٣/٢٦١ ، وكشاف القناع ٥/٢٨٤ ، ٢٨٥ ، وشرح منتهى الإرادات ٣/١٢٢ ، ١٥٣ .

(٣) انظر ص ٢٣ وما بعدها من هذا البحث .

السفر ودخول الدار ، وإذا مانظرنا إلى التصرفات المعلقة بصفة عامة نجد أن العلماء يضربون لها أمثلة كثيرة في كتب الفقه وذلك كتعليق الطلاق على الحمل والولادة أو الحيض أو الكلام أو الدخول أو على مشيئة الزوجة ، أو مشيئة شخص آخر ، ونحو ذلك ، وكتعليق العتق على الدخول أو الكلام ، أو المشيئة ، وكتعليق الوكالة على السفر ، وتعليق الإمارة وتولية القضاء على الوصول إلى البلدة وغير ذلك من التعليقات^(١) .

ولما كانت فكرة الوقف موجودة في هذه التعليقات كما ذكرنا صرح بها بعض العلماء . فقال الكاساني : « لو قال لامرأته : أنت طالق إن شئت فهذا وقوله أنت طالق إن دخلت الدار أو إن كلمت فلانا سواء ، من حيث إنه يقف وقوع الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها »^(٢) ، فالمعلق على الشرط موقوف إلى أن يحصل الشرط المعلق عليه ، ويرى بعض العلماء من الشافعية والحنابلة أنه لا يجوز تعجيل الطلاق والعتق المعلقين ، بل يستمر كل من المعلقين موقوفا إلى أن يحصل الشرط جاء في روضة الطالبين : وإن علقه ... أي الطلاق لم يجز له الرجوع فيه ، وسواء علقه بشرط معلوم الحصول أو محتمله ... فإذا علقه بصفة ثم قال عجلت تلك الطلقة المعلقة لم تتعجل على الصحيح^(٣) .

وجاء في المغني « وإذا علق طلاقها على شرط مستقبل ثم قال : عجلت تلك الطلقة لم تتعجل ، لأنها معلقة بزمان مستقبل فلم يكن له إلى تغييرها سبيل ، وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة ، فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حباله وقع بها الطلاق المعلق »^(٤) .

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، وجامع الفصولين لابن قاضي سمانه ٢/٢ ، وحاشية ابن عابدين ٥/٢٤٨ وما بعدها ، والمدونة ٢/٣٦٠ ، والفروق للقرافي ١/٢٢٨ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٥٧٧ ، والموافقات للشاطبي ١/٢٤٧ ، والأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ٢/٢١١ ، ونهاية المحتاج للرمل ٧/١٧ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠٥ ، والمغني لابن قدامة ٥/٦٢٨ ، ٤/٦١٩ ، ٦٢٠ ، والكافي لابن قدامة ٢/٥٨٧ وما بعدها والمبدع في شرح المقنع ٧/٣٢٤ ، والاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ٢٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٣/١٢٨ .

(٣) ٨/١١٤ ، ١١٥ ، وفي وجه عند الشافعية أنها تتعجل وبه قال الأسنوي قال الرمل بعد أن ذكر قول الأسنوي : « الأصح أنها لا تطلق في الحال وتطلق عند وجود الصفة » .

انظر شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري وحاشية الرمل عليه ٣/٣٠١ ، ومغني المحتاج للشرييني ٤/٤٩٢ .

(٤) ابن قدامة ٧/١٧٠ وانظر كشف القناع ٥/٢٨٥ ، ومطالب أولي النهى ٥/٤٠٠ .

وخالف ابن تيمية رحمه الله جمهور الحنابلة الذين يرون أن تعجيل المعلق لا يقع فقال :
« إن في ما قالوه نظر فإنه يحل تعجيل الدين المؤجل ، وحقوق الله تعالى وحقوق العباد
في الجملة سواء تأجلت شرعا أو شرطا »^(١) .

وتعليق الرجل طلاق امرأته التي في حباله لم أر خلافا في جوازه ووقوعه بين العلماء
إلا إذا أراد بالتعليق الحض أو المنع فيرى بعضهم أنه يجزئه كفارة يمين^(٢) . وكذا من طلق
امرأة أجنبية ولم يعلق طلاقها على النكاح فإنه لا يقع^(٣) .

أما الخلاف بين العلماء فهو في تطليق الرجل المرأة الأجنبية إذا علق الطلاق على
زواجها بأن قال : إن تزوجتك فأنت طالق ، ومثله العتق إذا علقه على ملكه إياه نحو :
إن ملكتك فأنت حر ، فإذا تزوج المرأة وملك العبد فهل يقع الطلاق والعتق ؟ للعلماء
في ذلك قولان :

القول الأول : أن الطلاق والعتق لا يقع وبه قال الشافعية ، وهو الرأي المشهور عند
الحنابلة في الطلاق ، وحكاه بعضهم رواية في العتق .

أما فيما يتعلق بمذهب الشافعية فقد جاء في المذهب « الطلاق لا يصح في غير
الزوجية ، والعتق لا يصح في غير ملك ، وذلك كما لو قال : إن دخلت الدار وأنت
زوجتي فأنت طالق ، وإن دخلت الدار وأنت مملوكة فأنت حر »^(٤) .

وفيما يتعلق بمذهب الحنابلة في تعليق الطلاق جاء في المبدع « لو قال : إن تزوجت
فلانة فهي طالق ... لم تطلق على المشهور »^(٥) .

(١) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ٢٦٢ .

(٢) انظر العقود لابن تيمية ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٣) جاء في نيل الأوطار للشوكاني ٢٨ / ٧ « وقع الإجماع على أنه لا يقع الطلاق الناجز على الأجنبية » ، وانظر تبين
الحقائق للزيلعي ٢ / ٢٣١ ، وبدائع الصنائع ٣ / ١٢٦ ، والمدونة للإمام مالك ٢ / ٣٦١ ، وكشاف القناع ٥ / ٢٨٤ ،
والمبدع لابن مفلح ٧ / ٣٢٤ ، والمذهب للشيرازي ٢ / ٧٨ .

(٤) المذهب للشيرازي ٢ / ٧٨ .

(٥) ٧ / ٣٢٤ .

وفي تعليق العتق بالملك جاء في الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية « تعليق العتق بالملك صحيح والخلال^(١) وصاحبه^(٢) لا يحكيان في ذلك خلافا ، وابن حامد^(٣) والقاضي يحكيان في ذلك روايتين^(٤) .

القول الثاني : أن الطلاق والعتق يقعان وبه قال الحنفية والمالكية^(٥) وهو مذهب الحنابلة في العتق ، وإحدى الروايتين عندهم في الطلاق^(٦) .

أما في ما يتعلق بمذهب الحنفية فقد جاء في الاختيار لتعليل المختار « ولا يصح التعليق إلا أن يكون الحالف مالكا ... أو يضيفه إلى ملك كقوله لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو كل عبد أشتريه فهو حر^(٧) .

وفيما يتعلق بتعليق الطلاق عند المالكية جاء في شرح الخرشي^(٨) على مختصر خليل

(١) الخلال : هو أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال الحنبلي ، كان ممن صرف عنايته إلى جمع علوم الإمام أحمد وسافر لأجلها توفي سنة ٣١١ هـ .

له مصنفات منها : « الجامع لعلوم أحمد بن حنبل » لم يصنف في المذهب مثله و « العلل » و « السنة » و « طبقات أصحاب ابن حنبل » وغير ذلك . انظر : تاريخ بغداد ٥ / ١١٢ ، وطبقات الحنابلة ٢ / ١٢ .

(٢) صاحبه : هو عبد العزيز بن جعفر المعروف بغلام الخلال ، انظر في ترجمته ص ٨٥ من هذا البحث .

(٣) ابن حامد : هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان أبو عبد الله البغدادي إمام الحنابلة في زمنه ومؤدبهم ومعلمهم أستاذ القاضي أبي يعلى ، توفي سنة ٤٠٣ هـ . له مصنفات منها : « الجامع في المذهب » و « تهذيب الأجوبة » و « شرح الخرقى » و « شرح أصول الدين » وغير ذلك . انظر : طبقات الحنابلة ٢ / ١٧١ ، والمنهج لأحمد ٢ / ٨٢ .

(٤) ص ٢٦٢ .

(٥) المراد إذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق أما لو قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق فالمالكية يفصلون في ذلك فيقولون : إن خص فقال : كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق ، وإن عم فقال : كل امرأة أتزوجها لم يقع . انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٢ / ٥٢٢ ، والخلاف الذي أوردناه من نصب على المثال الأول .

(٦) سبقت الإشارة إلى رأي الحنابلة في القول الأول انظر ص ٢٠٣ من هذا البحث ، وانظر القواعد لابن رجب ص ٢٨٩ ، والكافي لابن قدامة ٢ / ٥٩٠ ، والاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ٢٦٢ .

(٧) ٣ / ١٤٠ .

(٨) الخرشي : محمد بن عبد الله الخرشي ويقال : (الخرشي) المالكي أبو عبد الله أول من تولى مشيخة الأزهر نسبة إلى قرية يقال لها : « خرشة » من قرى مصر أو نسبة إلى (أبو خراش) من البحيرة بمصر كان فقيها فاضلا ورعا ولد بالقاهرة سنة ١٠١٠ وتوفي في ذي الحجة سنة ١١٠١ هـ .

سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر ٤ / ٦٢ ، ٧٣ تاج العروس من جواهر القاموس ٤ / ٣٠٥ الأعلام للزركلي ٦ / ٢٤٠ ، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ٩ / ٢٧٨ .

« شرط المحل الذي يقع فيه الطلاق أن يكون مملوكا للزوج قبل نفوذ الطلاق ، سواء كان ملكه حين التلفظ به ملكا محققا كزوجته التي في عصمته أو تعليقاً سواء كان التعليق بالنية كقوله لأجنبية : أنت طالق ونوى إن تزوجها »^(١) .

وأما تعليق العتق فقد جاء في المدونة « قلت : أرأيت إن قال لأمة إذا اشتريتك فأنت حرة . أتعتق في قول مالك إذا اشتراها ؟ قال : نعم »^(٢) .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه من أن الطلاق والعتق لا يقع بما يأتي :
الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾ الآية^(٣) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله قال : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾ « فعقب النكاح بالطلاق بلفظ « ثم » المشعرة بالترتيب فدل على أن التطليق حينئذ لا يكون إلا بعد نكاح »^(٤) .

ومما يؤيد توجيه الاستدلال بهذه الآية ما روي عن ابن عباس^(٥) حينما ذكر أن

(١) ٣٦ / ٤ .

(٢) ٣٦٠ / ٢ .

(٣) سورة الأحزاب آية ٤٩ وقد ورد الاستدلال بهذه الآية في تفسير ابن كثير ٤٩٨ / ٣ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٣ / ١٤ ، ومحاسن التأويل للقاسمي ٤٨٨٢ / ١٣ ، وتفسير الفخر الرازي ٢١٩ / ٢٥ ، وروح المعاني للألوسي ٥٠ / ٢٢ ، ومسائل الإمام أحمد لابن هاني ٢٣٥ / ١ ، وشرح منتهى الإرادات ١٥٢ / ٣ ، ١٥٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٣٢ / ٢ .

(٤) انظر في توجيه الاستدلال بهذه الآية التفسير الكبير للفخر الرازي ٢١٩ / ٢٥ ، وفتح القدير للشوكاني ٢٩١ / ٤ .

(٥) ابن عباس : هو الصحابي الجليل أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ ولد قبل الهجرة بثلاث سنين وتوفي بالطائف سنة ٦٨ هـ وقد دعا له الرسول ﷺ بقوله : « اللهم فقهِه في الدين وعلمه التأويل » . وصار حبر الأمة وترجمان القرآن . الاستيعاب ٩٣٣ / ٣ رقم الترجمة ١٥٣٣ ، أسد الغابة

١٩٥ - ١٩٢ / ٣ .

ابن مسعود^(١) ، يقول في الرجل إذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ثم تزوجها أنها تطلق ، أنه قال ما قالها ابن مسعود ، وإن يكن قالها فزلة من عالم قال الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾ ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن^(٢) .

الدليل الثاني : ما روي أن النبي ﷺ قال : « لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك » ، وفي رواية : لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك وإن عينها ، وعن المسور ابن مخرمة^(٣) أن النبي ﷺ قال : « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك »^(٤) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن أن نوجه الاستدلال بهذين الحديثين بأن نقول : إن الحديثين يدلان على أن الطلاق والعتاق لا يقعان إلا بعد النكاح والملك ، وقد استخدم الحديث الأول أسلوب الحصر الذي يفيد حصر الطلاق والعتاق في الملك ونفيه عما عداه ، وصرح الحديث الثاني بنفي الطلاق والعتاق قبل حدوث الملك .

(١) ابن مسعود : هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي أبو عبد الرحمن أحد السابقين الأولين أسلم قديما وهاجر الهجرة وشهد بدرا والمشاهد بعدها ولازم النبي ﷺ وحدث عنه كثيرا توفي بالمدينة سنة ٣٢ هـ وقيل بالكوفة وقيل بل توفي سنة ٣٣ هـ أسد الغابة ٢/ ٢٥٦ - ٢٦٠ ، الإصابة ٢/ ٣٦٨ ، ٣٧٠ .

(٢) المستدرك للحاكم ٢/ ٢٠٥ « وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه » .

(٣) المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة القرطي الزهري أبو عبد الرحمن له صحبة وأمه عاتكة بنت عوف ، ولد بمكة بعد الهجرة بسنتين وكان فقيها من أهل العلم والدين ، ولم يزل مع خاله عبد الرحمن في أمر الشورى أقام بالمدينة إلى أن قتل عثمان ثم سار إلى مكة فلم يزل بها حتى توفي معاوية وكره بيعة يزيد وأقام مع ابن الزبير بمكة حتى قدم الحصين بن نمير إلى مكة في جيش من الشام لقتال ابن الزبير بعد وقعة الحرة فقتل المسور أصابه حجر منجنيق وهو يصلي في الحجر فقتله سنة ٦٤ هـ وصلى عليه ابن الزبير ، أسد الغابة ٤/ ٣٦٥ ، الإصابة ٣/ ٤١٩ .

(٤) الحديث الأول رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أخرجه أحمد في مسنده ١١/ ٤٨ ، ٥٤ رقم الحديث ٦٧٦٩ ، ٦٧٨٠ ، ٦٧٨١ ، قال الشيخ أحمد شاكر : إسناده صحيح كما رواه الطيالسي في مسنده ص ٢٩٩ رقم الحديث ٢٢٦٥ ، وأبو نعيم في أخبار أصبهان ١/ ٢٩٥ ، وأبو داود في صحيحه ٢/ ٦٤٠ رقم الحديث ٢١٩٠ (تحقيق الدعاس) والترمذي ٤/ ١٦٦ رقم الحديث ١١٨١ (تحقيق الدعاس) وابن الجارود في المنتقى ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ رقم الحديث ٧٤٣ والبيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٣١٨ ، وابن ماجه في سننه ١/ ٦٦٠ رقم الحديث ٢٠٤٧ ، والحاكم في المستدرك وقال : إنه صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال أيضا : أنا متعجب من الشيخين الإمامين كيف أهملوا هذا الحديث ولم يخرجاه في الصحيحين فقد صح على شرطهما حديث ابن عمر ، وعائشة وعبد الله بن عباس ، ومعاذ بن جبل ، وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم . انظر المستدرك للحاكم ٢/ ٢٠٥ - ٤١٩ .

وحديث المسور بن مخرمة أخرجه ابن ماجه في سننه ١/ ٦٦٠ رقم الحديث ٢٠٤٨ قال في الزوائد إسناده حسن .

الدليل الثالث : أن المعلق لا يملك تنجيز من علقها ، ومن لا يقع طلاقه بالمباشرة لا تعتقد له صفة كالمجنون^(١) .

دليل القول الثاني : وأما أصحاب القول الثاني فإنهم يعللون ما ذهبوا إليه بما يلي :
أولا : أن الطلاق يصح تعليقه على الأخطار^(٢) فصح على حدوث الملك كالوصية^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن الطلاق الذي يصح تعليقه على الأخطار هو طلاق الرجل المالك لعصمة زوجته بخلاف التطليق على حدوث الملك ، فإنه غير صحيح ، لعدم وجود المحل ، والقياس على الوصية قياس مع الفارق ، ذلك أن الوصية تفارق الطلاق بكونها لا تنفذ إلا بعد موت الموصي ، فصح تعليقه على حدوث الملك ، بخلاف الطلاق فإنه يكون في حياة المطلق ولا يكون بعد موته .

ثانيا : أن الحاجة إلى عمل العلة إنما تكون عند وجود الشرط ، فإذا وجد الشرط تحقق وجود المحل في مثل إن تزوجت فلانة فهي طالق ، وإن ملكت فلانا فهو حر ، وحينئذ تعمل العلة ، عملها في ذلك الوقت^(٤) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن قولكم إن الحاجة إلى عمل العلة إنما تكون عند وجود الشرط مسلم لكننا نقول : إن وجود المحل شرط لصحة التعليق عليه ، فإذا لم يوجد المحل أصبح الشرط ملغى وحينئذ لا تعمل العلة عملها .

(١) الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة المقدسي ٤ / ٤٧٠ .
(٢) الأخطار : في اللغة الإشراف على الهلاك وخوف التلف ، والخطر السبق الذي يتراهن عليه والجمع أخطار مثل سبب وأسباب ، وأخطرت المال أي جعلته خطرا بين المتراهنين والمعنى أنه يصح تعليق الطلاق على ما فيه خطر كالمراهنة فصح على حدوث الملك كالوصية .

انظر المصباح المنير للفيومي ١ / ١٨٦ مادة « خطر » .
(٣) الكافي لابن قدامة ٣ / ١١ / ٢ ، والمبدع لابن مفلح ٧ / ٣٢٤ ، وحاشية المقنع ٣ / ١٧٧ (المنقولة بخط الشيخ سليمان ابن الشيخ محمد بن عبد الوهاب رحمهم الله) .

(٤) انظر كشف الأسرار للبخاري ٢ / ٢٧٢ ، وأحكام القرآن لابن العربي ٢ / ١٩٧٧ .

ثالثا : وعلل الحنابلة الذين يفرقون بين الطلاق والعق في إحدى الروايتين ويرون أن العتق يصح تعليقه على الملك بخلاف الطلاق بأن : الملك يراد للعتق ويكون مقصودا كما في شراء ذي الرحم وغيره ، كما أن العتق يتشوق الشارع إليه بخلاف الطلاق^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن هذا التعليل لاوجه له إلا مجرد الاستحسان ، فالملك يراد للعتق ولغيره كالخدمة والتجارة ، وكون الشارع يتشوق إلى العتق ولايتشوق إلى الطلاق ليس مبررا لعتق ما لا يملكه الإنسان لاسيما وهو يخالف ما جاءت به السنة من عدم وقوع العتق قبل الملك .

الرأي المختار : والذي أختاره بعد عرض الأدلة ومناقشتها هو القول الأول لقوة أدلته وصراحتها في الدلالة على المراد كما أنه هو قول جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم^(٢) .

وبناء على ما سبق أن أشرنا إليه من وجود الوقف في التصرفات المعلقة فإن وصف الوقف موجود في الطلاق والعتق المعلقين على رأي من يرى أن الطلاق والعتق يقع ، وهو رأي الحنفية والمالكية ، ومذهب الحنابلة في العتق ، وأما على رأي الشافعية وبعض الحنابلة الذين يرون بأنه لايقع فلا وقف في هذه التصرفات لبطلان التعليق عندهم . وأما تعليق النذر فهو ضربان^(٣) :

أحدهما ما كان داخلا في نذر التبرر^(٤) . الثاني : نذر اللجاج والغضب فأما ما كان

(١) القواعد لابن رجب ص ٢٨٩ ، والميدع في شرح المقنع ٣٢٤ / ٧ .

(٢) انظر نسبته لجمهور الصحابة والتابعين نيل الأوطار للشوكاني ٢٨ / ٧ .

(٣) ذكر ابن قدامة في الكافي ٤ / ٤١٧ ، وفي المغني ٩ / ٢ للنذر سبعة أقسام وهي نذر التبرر ، ونذر اللجاج والغضب ، والنذر المبهم ، ونذر المباح ، ونذر المعصية ، ونذر الواجب ونذر المستحيل ، وبما أن خمسة الأقسام الأخيرة لا تدخل في نطاق بحثنا ، لذا فقد اخترنا تقسيم الشافعية حيث ذكروا أن النذر ضربان ، وانظر المجموع شرح المهذب ٨ / ٣٥٥ ، والأنوار لأعمال الأبرار ١ / ٢٩٠ ، وشرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ١ / ٥٧٥ ، وفتح الجواد للهيتمي ٢ / ٣٨٦ .

(٤) المراد به نذر المجازاة كما ذكرنا ، وأما النذر المطلق فليس فيه تعليق لذلك لايدخل في نطاق بحثنا .

داخلا في نذر التبرر فالمراد نذر المجازاة : وهو التزام طاعة في مقابل نعمة استجلبها أو نعمة استدفعها ، ومثاله إن شفى الله مريضني فله علي صوم شهر فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل في الوجوب بالشرع كالصلاة والصوم. والصدقة فهذا يلزمه الوفاء بإجماع أهل العلم^(١) ، لقوله ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه »^(٢) .

وأما نذر اللجاج والغضب فهو أن يمنع نفسه من فعل أو يحثها عليه بتعليق التزام قرينة بالفعل أو الترك^(٣) ، ومثاله أن يقول شخص إن كلمت فلانا أو دخلت الدار ، أو إن لم أخرج من البلد فله علي صوم أو عتق أو صلاة^(٤) .

وقد اختلف العلماء في حكم ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : أنه يتخير بين الوفاء بالنذر ، وإخراج كفارة يمين وبهذا قال الحنابلة^(٥) وهو المشهور عند الشافعية^(٦) ، وهو القول الأخير لأبي حنيفة وبه قال محمد^(٧) ، فعلى هذا القول إذا قال شخص إن كلمت فلانا فله علي صدقة يتوقف النذر على عدم كلام فلان ، فإن لم يكلم فلانا لم يلزمه شيء وإن كلمه لزمه كفارة يمين .

(١) جاء في بداية المجتهد لابن رشد ٤٣٥ / ١ « أجمعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج الشرط إذا كان نذرا قرينة » . وجاء في الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ٢٦٢ « تعليق النذر بالملك مثل إن رزقني الله مالا فله علي أن أتصدق به أو بشيء منه فيصح اتفاقا » وقد نقل الإجماع ابن قدامة في المغني ٢ / ٩ ، والشوكاني في نيل الأوطار ١٤٠ / ٩ ، وانظر الاختيار لتعليل المختار ٧٧ / ٤ ، والمجموع شرح المذهب ٣٠٥ / ٨ ، والكافي لابن عبد البر ٤٥٤ / ١ .

(٢) الحديث صحيح ، رواه البخاري في صحيحه ، انظر فتح الباري ٥٨١ / ١١ ، رقم الحديث ٦٦٩٦ ، وأبو داود في سننه ٥٩٣ / ٣ ، رقم الحديث ٣٢٨٩ ، والنسائي في سننه ١٧ / ٧ ، والترمذي في سننه ٢٤٤ / ٥ رقم الحديث ١٥٢٦ ، وقال حديث حسن صحيح .

(٣) المجموع شرح المذهب للنووي ٣٥٥ / ٨ ، والمغني لابن قدامة ٦٩٦ / ٨ .

(٤) انظر المراجع السابقة في الهامش .

(٥) انظر المغني لابن قدامة ٦٩٦ / ٨ .

(٦) انظر المجموع شرح المذهب ٣٥٥ / ٨ ، ونهاية المحتاج للرملي ٢١٩ / ٨ ومغني المحتاج للشربيني ٣٥٥ / ٤ .

(٧) روي أن الإمام أبا حنيفة قد رجع عن قوله بوجوب الوفاء بنذرا للجاج والغضب إلى القول بالتخيير فقد روى عبد العزيز بن خالد الترمذي أنه قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة رضي الله عنه فلما انتهيت إلى هذه المسألة قال : قف فأنا من رأيي أن أرجع إلى القول بالتخيير بين الكفارة والوفاء بما التزمه الناذر فلما رجعت من الحج إذا أبو حنيفة قد توفي رحمه الله فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام ، وبهذا كان يفتي إسماعيل الزاهد وغيره من علماء عصره ، فتح القدير لابن الهمام ٢٨ / ٤ ، بدائع الصنائع للكاساني ٩١ / ٥ ، الاختيار لتعليل المختار ٧٧ / ٤ .

القول الثاني : أنه يلزمه الوفاء بما نذره ، وبهذا قال الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) وبعض الشافعية^(٣) ، وعلى هذا القول لا يتوقف النذر كما سبق في القول الأول وإنما يلزم الناذر الوفاء بالنذر ولا يجزئه غيره .

القول الثالث : أنه يلزمه كفارة يمين ولا يجزئه غيرها وهو رواية في مذهب الحنابلة^(٤) ، وقول في مذهب الشافعية^(٥) . وهذا القول ليس فيه توقف كذلك إنما يلزم الناذر كفارة يمين .

القول الرابع : أنه لا يلزم بهذا النذر شيء فلا وفاء ولا كفارة وبه قال الظاهرية^(٦) ، وهذا القول لا يتوقف فيه لعدم الاعتداد بالنذر وإسقاطه عندهم .

(١) جاء في الاختيار لتعليل المختار ٧٧ / ٤ « ولو نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به وكذا إن علقه بشرط فوجد ؛ لأن المعلق بالشرط كالمتجز عنه . وعند أبي حنيفة آخر أنه يجزئه كفارة يمين إذا كان شرطا لا يريد وجوده كقوله إن كلمت فلانا أو دخلت الدار فعلي صوم سنة » .

(٢) جاء في شرح الخرشي على خليل ٩١ / ٣ ، ٩٢ « قوله النذر التزام مسلم مكلف ولو غضبان » قال الخرشي « أي ولو كان الناذر غضبانا على المعروف لرد ما حكى عن ابن القاسم أن في اللجاج كفارة يمين » وقال العدوي معلقا على ما حكى عن ابن القاسم أن في اللجاج كفارة يمين « ظاهره أن ابن القاسم يقول بأن فيه كفارة يمين مع أنه لا يقول بذلك إنما أفتى ابنه بذلك لأنه لو كلف ابنه المشي فلا يفعل فيلزمه على ذلك الاستهانة بمسألة من الدين فيكون طريقا إلى الاستهانة بغيرها ، وهذا حسن من الفتوى عظيم » .

انظر حاشية العدوي على شرح الخرشي ٩١ / ٣ . والتاج والإكليل للمواق ٣ / ٣١٦ .

(٣) جاء في مغني المحتاج للشرييني ٣٥٥ / ٤ « وفي قول يجب على الناذر في ذلك ما التزم » وانظر المجموع شرح المذهب ٨ / ٣٣٨ .

(٤) جاء في المغني لابن قدامة ٦٩٧ / ٨ « وعن أحمد رواية ثانية أنه تتعين الكفارة ولا يجزئه الوفاء بنذره وهو قول لبعض أصحاب الشافعي لأنه يمين » وانظر الكافي لابن قدامة ٤ / ٤١٧ .

(٥) جاء في مغني المحتاج للشرييني ٣٥٥ / ٤ « وفيه ، أي في نذر اللجاج عند وجود المعلق عليه كفارة يمين » .

(٦) جاء في المحلى لابن حزم ٨ / ٣٣٥ ، ٣٣٦ « قال أبو حنيفة ومالك من أخرج نذره مخرج اليمين مثل من قال علي المشي إلى مكة إن كلمت فلانا فإن كلمه فعليه الوفاء بذلك ... قال أبو محمد وهذا خطأ ظاهر لأن النذر ما قصد ناذره الرغبة في فعله والتقرب إلى الله تعالى ... فصح يقينا أنه ليس ناذرا ، وإذا كان ليس ناذرا فلا وفاء عليه بما قال » .

أ. هـ .

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

الدليل الأول : ماروي عن عمران بن حصين^(١) قال سمعت رسول الله ﷺ

يقول : « لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين »^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال إن الحديث أفاد نفي النذر في الغضب ، والنفي لا يمكن حمله على نفي الذات ؛ لأن نذر الغضب موجود بين الناس فتعين حمله على نفي لزوم الوفاء ، بدليل ماورد أن فيه كفارة يمين ، والكفارة إنما تكون عند عدم الوفاء بالنذر ، ففهم من ذلك التخيير بين الوفاء وكفارة اليمين ، لئلا يجتمع الوفاء بالنذر والكفارة .

الدليل الثاني : عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « من حلف بالمشي أو الهدى أو جعل ماله في سبيل الله أو في المساكين أو في رتاج الكعبة^(٣) فكفارته كفارة اليمين »^(٤) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحديث أفاد أن من حلف بالمشي أو الهدى أو جعل ماله في سبيل الله أو في المساكين أو للكعبة أن عليه كفارة يمين ، والكفارة إنما تكون عند عدم الوفاء بالنذر ففهم من ذلك التخيير بين الوفاء وكفارة اليمين ؛ لئلا يجتمع الوفاء بالنذر والكفارة .

(١) عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي يكنى أبا نجيح أسلم عام خيبر وغزا مع رسول الله ﷺ غزوات وبعثه عمر بن الخطاب إلى البصرة ليفقه أهلها ، وكان من فضلاء الصحابة ، قال محمد بن سيرين لم يكن في البصرة أحد من أصحاب النبي ﷺ يفضل على عمران بن حصين وكان مجاب الدعوة ، ولم يشهد الفتنة ، توفي بالبصرة سنة ٥٢ هـ ، أسد الغابة ٤ / ١٣٧ ، ١٣٨ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٣ / ٢٦ .

(٢) الحديث أخرجه الحافظ عبد الرزاق في مصنفه ٨ / ٤٣٤ ، رقم الحديث ١٥٨١٥ ، وأبو داود الطيالسي ١ / ٢٤٨ رقم الحديث ١٢٢٤ ، والنسائي في سننه ٧ / ٢٨ ، ٢٩ ، وقد ورد الاستدلال بهذا الحديث في المغني لابن قدامة ٨ / ٦٩٦ .

(٣) الرتاج : الباب ، والمراد : جعل ماله للكعبة فكفى لها بالباب لأن منه يدخل إليها . اهـ من كتاب النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢ / ٦٧ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠ / ٦٥ .

الدليل الثالث : أن النذر يمين فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾^(١) واليمين بخير عاقده بين الوفاء بما حلف عليه أو الكفارة .

مناقشة الدليل :

ونوقش هذا الدليل بأن قولهم إنه في معنى اليمين غير مسلم لأن اليمين المنعقد ، ما كانت باسم الله أو صفة من صفاته وهو ليس كذلك ، ولأن النذر المعلق بالشرط صريح في الإيجاب عند وجود الشرط واليمين بالله ليست صريحة في الإيجاب ، كما أن الكفارة في اليمين بالله تجب جبراً لهتك حرمة اسم الله الحاصل بالحنث ، وليس هناك هتك لحرمة اسم الله تعالى وإنما فيه تعليق فلم يكن في معنى اليمين .

الدليل الرابع : أن نذر اللجاج يشبه النذر من حيث أنه التزام قرينة ، واليمين من حيث المنع ، ولاسيما إلى الجمع بين موجبتهما ، ولا إلى تعطيلهما فوجب التخيير^(٢) .

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بأنه يلزمه الوفاء بما نذره بما يلي :-

الدليل الأول : قوله ﷺ « من نذر وسمى فعلية الوفاء بما سمي »^(٣) ففي هذا الحديث دليل على وجوب الوفاء بالنذر عموماً فدل على أن نذر الغضب واللجاج يجب الوفاء به .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الحديث بأنه غير ثابت^(٤) ، فلا يمكن الاحتجاج به ، كما أنه معارض بالأحاديث الصحيحة .

(١) سورة المائدة آية ٨٩ وقد استدل بهذا الدليل ابن قدامة في المغني ٨ / ٦٩٦ . وقد ورد الاستدلال به في بدائع الصنائع للكاساني ٥ / ٩١ .

(٢) مغني المحتاج للشريني ٤ / ٣٥٥ ، المغني لأبن قدامة ٨ / ٦٩٦ .

(٣) هذا الحديث لم أعثر عليه ، وقد جاء في نصب الراية للزيلعي ٣ / ٣٠٠ أنه حديث غريب ، وقال ابن حجر لم أجده . انظر الدراية في تخرج أحاديث الهداية ٢ / ٩٢ .

(٤) انظر الهامش السابق .

الدليل الثاني : أن نذر اللجاج نذر فيلزم الوفاء به كنذر التبرر^(١) .
المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن المساواة بين نذر اللجاج ونذر التبرر مساواة فيها نظر ، فإن الناذر في اللجاج لم يخرج نذره مخرج القربة وإنما التزمه على طريق العقوبة فلا يلزمه ، وقد فارق نذر التبرر لكون نذر التبرر مقصودا به التقرب إلى الله سبحانه وتعالى ، ولم يخرج مخرج اليمين ، أما نذر اللجاج فقد خرج مخرج اليمين ولم يقصد به البر ، فأشبه اليمين من وجه والنذر من وجه فكان مخيرا بين الوفاء والكفارة .

الدليل الثالث : أن الأدلة على وجوب الوفاء بالنذر عامة ، ولم تخص نوعا معينا فلا عبرة بما لا بسه من غضب ولجاج^(٢) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إنه كما ورد وجوب الوفاء بالنذر ورد أن كفارته كفارة يمين في الأحاديث الصحيحة ، وهذا لا يمكن حمله إلا على نذر اللجاج والغضب فدل ذلك على التخيير بينهما .

دليل القول الثالث :

استدل أصحاب القول الثالث القائلون بأنه يلزمه كفارة يمين ولا يجزئه غيرها بما رواه عقبة بن عامر^(٣) رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « كفارة النذر كفارة يمين » . رواه مسلم^(٤) .

(١) فتح القدير لابن الهمام ٢٨ / ٤ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٢٧ / ٤ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٩١ / ٥ ، والاختيار لتعليق المختار ٧٧ / ٤ .

(٣) هو عقبة بن عامر بن عباس بن عمرو الجهني يكنى أبا حماد وقيل أبو لييد وقيل أبو عمرو وقيل غير ذلك روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وغيرهما سكن مصر وكان واليا عليها وابتنى بها دارا في آخر خلافة معاوية سنة ٥٨ هـ . أسد الغابة ٤١٧ / ٣ ، والإصابة لابن حجر ٤٨٩ / ٢ .

(٤) صحيح مسلم ١٢٦٥ / ٣ رقم الحديث ١٦٤٥ كما روى هذا الحديث أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس بلفظ من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين ، لكن العلماء قالوا إن الصحيح أنه موقوف على ابن عباس وليس مرفوعا ، انظر سنن أبي داود ٦١٤ / ٣ رقم الحديث ٣٣٢٢ ، وسنن ابن ماجه ٦٨٧ / ١ رقم الحديث ٢١٢٧ ، ونيل الأوطار للشوكاني ١٤٣ / ٩ وقد استدلل بهذا الحديث صاحب مغني المحتاج ٣٥٥ / ٤ .

وجه الدلالة : أن نذر التبرر لا كفارة فيه قطعاً فتعين حمله على نذر اللجاج والغضب^(١) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن كل ما يفيد هذا الحديث هو أن حكم النذر حكم اليمين من حيث الكفارة ، لكن ليس في الحديث دلالة على تعيينها ، والكفارة إنما يصار إليها عند عدم الوفاء أما إذا حصل الوفاء بالنذر فلا كفارة لأنها بدل عنه .

أدلة القول الرابع :

استدل الظاهرية القائلون بأنه لا يلزم بهذا النذر شيء بما يلي :

الدليل الأول : أن الناذر قد قصد الامتناع من ذلك البر وإبعاده عن نفسه ومنعها مما يوجب ذلك فصح يقينا أنه ليس ناذراً فلا وفاء عليه . بما قال^(٢) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال سلمنا بأن الناذر قد قصد الامتناع من ذلك البر ، لكننا لا نسلم أنه ليس ناذراً لأنه قد أتى بالنذر على صيغته ، وألزم نفسه بذلك مختاراً ، وإذن يلزمه الوفاء بالنذر أو كفارة يمين .

الدليل الثاني : أن الناذر قد يكون عاصياً لله عز وجل حيث أخرج نذره مخرج اليمين ، وقد حرم الله سبحانه عليه أن يحلف بغيره فكان ذلك معصية ولا وفاء بالنذر في المعصية ، فبذلك لم يكن نذراً يجب الوفاء به ، ولم يكن يميناً تلزم به الكفارة فبطل أن يجب في ذلك شيء ، حيث لم يوجبه قرآن ولا سنة^(٣) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال لا نسلم أن الناذر عاص لله حيث أخرج نذره مخرج اليمين ؛ لأن المعصية في اليمين إنما تكون بصورتها المعتبرة شرعاً بغير الله ، فهذا هو الذي

(١) مغني المحتاج للشرييني ٤ / ٣٥٥ ، الكافي لابن قدامة ٤ / ٤١٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ / ٣٣٥ ، ٣٣٦ .

(٣) المرجع السابق .

ورد فيه النهي واعتبره الشرع من أنواع الشرك ، وأما القول : بأنه لم يجب في ذلك شيء حيث لم يوجبه قرآن ولا سنة ، فغير مسلم لأن الوفاء بالنذر قد جاء في القرآن الكريم الحث عليه قال تعالى : ﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا ﴾^(١) .

وثبت في السنة الصحيحة أن كفارة النذر كفارة يمين ، والكفارة إنما تكون عند عدم الوفاء وذلك يفيد التخيير بين الوفاء بما التزمه الناذر أو الكفارة .

الرأي المختار :

والذي أختاره - بعد عرض الأدلة ومناقشتها - هو القول الأول وهو أن الناذر نذر اللجاج والغضب يتخير بين الوفاء بالنذر أو كفارة يمين ، لقوة أدلته ، وصراحتها في الدلالة كما أن نذر اللجاج والغضب مما تعم به البلوى بين الناس ، فلو ألزم من نذر به بالوفاء دون الكفارة أو ألزم بالكفارة دون الوفاء لوقع الناس في حرج عظيم .

(١) سورة الإنسان آية ٧ .

الفصل الأول

في العبادات

المبحث الأول : في الصلاة

المطلب الأول : الصلاة في الدار المغصوبة .

للعلماء في حكم الصلاة في الدار المغصوبة أربعة أقوال :

القول الأول : أنها موقوفة على تحليل المالك ، وهو رواية عند الحنابلة ، وبه قال شيخ المازري^(١) ، قال العلائي^(٢) ، وأظنه أبا الحسن اللخمي^(٣) المالكي^(٤) جاء في الفروع « وعنه - أي الإمام أحمد - يقف على إجازة المالك »^(٥) .

(١) المازري : أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري المالكي محدث حافظ فقيه أصولي أخذ عن أبي الحسن اللخمي وعبد الحميد الصائغ وغيرهما توفي سنة ٥٣٦ هـ .

انظر : الدياج المذهب ص ٢٧٩ ، ٢٨١ ، شجرة النور الزكية ١ / ١٢٧ .

(٢) العلائي : هو الحافظ خليل بن كيكليدي بن عبد الله العلائي الدمشقي الشافعي (صلاح الدين أبو سعيد) محدث فقيه أصولي ولد سنة ٦٩٤ هـ في دمشق ، وأخذ الحديث عن المزني وغيره ، توفي سنة ٧٦١ هـ ودفن بمقبرة الرحمة . له مصنفات منها « القواعد في أصول الدين » و « تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد » .

انظر : شذرات الذهب ٦ / ١٩٠ ، والبدر الطالع ١ / ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٣) هو أبو الحسن علي محمد الربيعي المعروف باللخمي القيرواني الإمام الحافظ رئيس الفقهاء في وقته تفقه عليه جماعة منهم المازري ، وأبو الفضل ابن النحوي له تعليق على المدونة سماه التبصرة معتمد في المذهب توفي سنة ٤٧٨ هـ بصفاقس / انظر الدياج المذهب ص ٢٠٣ ، وشجرة النور الزكية ١ / ١١٧ .

(٤) تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ص ١٦٠ .

(٥) ١ / ٢٣٢ ، وجاء في الإنصاف للمرداوي ١ / ٤٥٨ « قال في الفائق والمختار وقف الصحة على تحليل المالك في الغصب » وقد أشار لذلك ابن تيمية فقال ، « الصلاة في الدار المغصوبة والطبخ بآلة مغصوبة كل هذا إنما حرم لما فيه من ظلم الإنسان وذلك يزول بإعطاء المظلوم حقه فإذا أعطاه مأخذه من منفعة ماله ، أو من أعيان ماله فأعطى كرى الدار وثنم الحطب وتاب هو إلى الله تعالى من فعل ما نهاه عنه ، فقد برئ من حق الله وحق العبد ، وصارت صلاته في مكان مباح ، وإنما قيل في الصلاة على الثوب النجس وبالمكان يعيد بخلاف هذا لأنه هناك لا سبيل إلى براءة ذمته إلا بالإعادة وهنا يمكنه بأن يرد أرض المظلوم » . ا.هـ . مجموع الفتاوى ٢٩ / ٢٨٦ .

القول الثاني : أنها لاتصح وعليه القضاء ، وهو مذهب الحنابلة ، وعليه جمهور الأصحاب ، وبه قال بعض الظاهرية ، والجباي^(١) ، وابنه^(٢) من المعتزلة^(٣) ، وقيل إنه رواية عن مالك رحمه الله تعالى .

جاء في شرح الكوكب المنير « النهي عن الشيء لمعنى في غيره كالنهي عن عقد بيع بعد نداء جمعة ، وكالوضوء بماء مغصوب ، فإنه يقتضي فسادَه عند الإمام أحمد وأكثر أصحابه والمالكية والظاهرية والجبائية^(٤) .

وجاء في المحلى « ولا يحل الوضوء بماء أخذ بغير حق ، ولا من إناء مغصوب أو مأخوذ بغير حق ، ولا الغسل إلا لصاحبه أو بإذن صاحبه فمن فعل ذلك فلا صلاة له ، وعليه إعادة الوضوء والغسل^(٥) .

وأطلق القرافي^(٦) المالكي القول بأنه يقتضي الفساد جاء في شرح تنقيح الفصول

(١) الجباي : أبو علي محمد بن عبد الوهاب بن سلام الجباي من أئمة المعتزلة ورئيس علماء الكلام في عصره وإليه نسبت الطائفة الجبائية ، له مقالات انفراد بها في المذهب ولد في سنة ٢٣٥ هـ وتوفي سنة ٣٠٣ هـ .

انظر مفتاح السعادة ٢ / ١٦٥ ولسان الميزان ٥ / ٢٧١ .

(٢) ابن الجباي : هو عبد السلام بن محمد بن عبد الوهاب وكنيته أبو هشام ولقبه الجباي ولد سنة ٢٤٧ هـ وتعلم على والده وتلقى عنه العلم حتى فاقه واشتهر باعتزاله وصار رئيس طائفة تنسب إليه لقبت « البهشية » وألف كتباً كثيرة وتوفي سنة ٣٢١ هـ .

انظر : شذرات الذهب ٢ / ٢٨٩ والفتح المبين في طبقات الأصوليين ١ / ١٧٢ .

(٣) انظر تحقيق المراد ص ١٦٠ .

(٤) ص ٣٤٢ ، وقال القاضي أبو يعلى الحنبلي « النهي إذا تعلق في غير المنهي عنه دل على الفساد أيضا ، مثل النهي عن البيع عند النداء والصلاة في الدار المغصوبة ، والثوب المغصوب ، والصلاة بماء مغصوب وهذا ظاهر كلام أصحابنا رحمهم الله في بطلان الصلاة في هذه المواضع . انظر العدة في أصول الفقه لأبي يعلى ٢ / ٤٤١ ، ٤٤٢ .

وجاء في المسودة ص ٨٣ . أن تعلق النهي بمعنى في غير المنهي عنه دل أيضا على الفساد كالبيع بعد النداء ، والصلاة في البقعة المغصوبة عند أصحابنا وداود وبعض أهل الظاهر خلافا لأكثر الفقهاء والمتكلمين في قولهم إنه لا يفيد الفساد . وقد ذكر المرداوي أن القول بالفساد هو مذهب الحنابلة جاء في الإنصاف ١ / ٤٩٧ ولا تصح الصلاة في الموضع المغصوب وهو المذهب وعليه جمهور الأصحاب .

(٥) ١ / ٢٩٠ .

(٦) القرافي : هو أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري الإمام شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق أخذ عن جمال الدين بن الحاجب والعز بن عبد السلام ، وشرف الدين الفاكهاني ، توفي سنة ٦٨٤ هـ . له مصنفات منها « الذخيرة » في الفقه ، و « الأمنية في إدراك النية » و « الاستغناء في أحكام الاستثناء » و « الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام » و « الفروق » .

انظر الديباج المذهب ص ٦٢ - ٦٦ وشجرة النور الزكية ص ١٨٨ .

« وهو عندنا يقتضي الفساد خلافاً لأكثر الشافعية والقاضي أبو بكر^(١) منا^(٢) . كما نقل الآمدي^(٣) ، هذا القول عن مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه^(٤) .

القول الثالث : أنها لاتصح ولايجب عليه القضاء ، وبه قال القاضي أبو بكر ، وفخر الدين الرازي جاء في المحصول في علم أصول الفقه « الصلاة في الدار المغصوبة وإن لم تكن مأموراً بها إلا أن الفرض يسقط - عندها - لا بها ... وهو مذهب القاضي أبي بكر رحمه الله^(٥) .

القول الرابع : أن الصلاة صحيحة وبه قال جمهور الفقهاء وهو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى . جاء في التلويح « والمختار أنها تصح »^(٦) .

وقال إمام الحرمين الجويني « الذي صار إليه جماهير الفقهاء أنها مجزئة صحيحة^(٧) .

(١) القاضي أبو بكر : هو محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن القاسم البصري ثم البغدادي المعروف بالباقلاني (أبو بكر) قاضي أصولي متكلم على مذهب الأشعري ، إليه انتهت رئاسة المالكيين في وقته ، له مصنفات من أهمها كتابه في الأصول « التقريب والإرشاد » توفي سنة ٤٠٣ هـ .
انظر : الديناج المذهب ص ٢٦٧ ، وشذرات الذهب ٣ / ١٦٩ وشجرة النور الزكية ١ / ٩٢ .
(٢) ص ١٧٣ .

(٣) الآمدي : هو علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي الفقيه الأصولي الملقب بسيف الدين ، ولد سنة ٥٥١ هـ وقد نشأ حنبلياً ، ثم تمذهب بمذهب الشافعي ، توفي سنة ٦٣١ هـ ، له مصنفات منها « الإحكام في أصول الأحكام » و « منتهى السؤل في الأصول » .
انظر طبقات الشافعية للسبكي ٨ / ٣٠٦ وشذرات الذهب ٥ / ١٤٤ .

(٤) انظر الأحكام للآمدي ٢ / ١٨٨ ، وانظر البرهان في أصول الفقه ١ / ٢٨٣ .
(٥) ١ / ٤٨٥ ونقل هذا القول عن القاضي أبي بكر أبو المعالي الجويني فقال « أما القاضي رضي الله عنه فقد سلك مسلكاً آخر فقال : أسلم أن الصلاة في الدار المغصوبة لاتقع مأموراً بها ، ولكن يسقط التكليف بالصلاة عندها كما يسقط التكليف بأعذار تطرأ كالجنون وغيره .
انظر البرهان في أصول الفقه ١ / ٢٨٧ .

(٦) التلويح على التوضيح ٢ / ٣٢٨ .
(٧) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين ١ / ٢٨٤ ، وجاء في غاية الوصول لأبي يحيى زكريا الأنصاري ص ٣٠ ، ٣١ ، الأصح (أي عند الشافعية) صحة الصلاة في مغصوب فرضاً كانت أو نفلاً نظراً لجهة الصلاة المأمور بها ... والأصح أن فاعلها على القول بصحتها لا يثاب عليها من جهة الغصب ، وقيل يثاب عليها من جهة الصلاة وإن عوقب من جهة الغصب ، فقد يعاقب بغير حرمان الثواب أو بحرمان بعضه .

وجاء في شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع ١ / ٣٩٣ « إن كان مطلق النهي لخارج عن النهي عنه أي غير لازم له كالوضوء بمغصوب لإتلاف مال الغير الحاصل بغير الوضوء أيضاً ، وكالصلاة في المكان المكروه أو المغصوب لم يفد الفساد عند الأكثر .

وقال ابن قدامة الحنبلي « وفي الصلاة في الموضع المغصوب روايتان الثانية تصح ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك والقول الثاني للشافعي »^(١) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الصلاة موقوفة على تحليل المالك في الغصب بما يلي :

الدليل الأول : أنها تصرف في ملك الغير بغير إذنه فتتوقف على تحليله فإن حلل صاحبها فالصلاة صحيحة لايؤمر بإعادتها وإلا أعاد .

مناقشة الدليل : ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن القول بوقف صحة الصلاة على التحليل لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، فيه نظر . إذ أن المصلي قد أتى بالصلاة كاملة أركانها وشروطها فصلاته صحيحة ، والغصب أمر خارج عن ماهية الصلاة يأثم صاحبه بفعله ، وينقص من صلاته بقدر ظلمه .

الدليل الثاني : وقد نسب لشيخ المازري^(٢) وهو :

أن التصرية تدليس لا يحل في البيع بإجماع ، والنهي عنه عائد إلى المخلوقين لما فيه من الإضرار بهم ، والشارع لم يطل البيع المقترن به بل أثبت فيه الخيار للمشتري ، فلم يقتض التحريم فساد العقد لما كان الحق للخلق ، فكذلك الصلاة في الدار المغصوبة لأن الحق فيها للمخلوق فتتوقف على تحليله^(٣) .

مناقشة الدليل :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن القول بأن الحق في التصرية عائد إلى المخلوقين وحدهم غير مسلم ، بل للخالق أيضا ؛ لأن الذي غش قد خالف أمر الله سبحانه ،

(١) المغني ٢ / ٧٤ . وجاء في الإنصاف للمرداوي ١ / ٤٥٧ وعنه - أي الإمام أحمد - يصح مع التحريم اختارها الخلال وابن عقيل في الفنون قال ابن رزين في شرحه وهو أظهر وقيل تصح مع الكراهة وأطلقهما ابن تيم .

(٢) سبقت الإشارة إليه ص ٢١٧ .

(٣) انظر تحقيق المراد للعلائي ص ٢٠٩ .

وتعرض لنفيه . ففي الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من حمل علينا السلاح فليس منا ، ومن غشنا فليس منا » . رواه مسلم^(١) . كما أن الصلاة في الدار المغصوبة قد ورد النهي فيها عن الغضب وحده والأمر بالصلاة وحدها فالجهة بينهما منفكة .

وأما القول بأن كل ما كان الحق فيه للخلق يوقف على إذنه فغير مسلم ، فإن البيع المقترن بالشرط الفاسد ، والأجل المجهول ، وخصوصا عند المالكية ، الحق فيه للخلق ، وهو فاسد عندهم ، قال العلائي بعد أن استغرب هذا القول أنه لا يثبت هذا المعنى على السبر إلا في صور قليلة كصورة التصرية التي ذكرها^(٢) والبيع وقت النداء فإنه فاسد على المشهور من مذهبهم ، والنهي عنه لحق الله تعالى لما فيه من ترك الجمعة^(٣) .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن الصلاة في الدار المغصوبة لا تصح ويجب عليه القضاء بما يلي :

الدليل الأول : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » متفق عليه^(٤) وفي رواية : « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » ، رواه مسلم وأبو داود^(٥) ، وفي رواية : من صنع أمراً غير أمرنا فهو رد » ، رواه أبو داود^(٦) .

(١) صحيح مسلم ٩٩ / ١ ، ومسلم هو : أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أحد الأئمة الحفاظ ولد سنة ٢٠٤ هـ بنيسابور وبها توفي سنة ٢٦١ هـ . له مصنفات أشهرها « الجامع الصحيح » المعروف بصحيح مسلم والذي يعد ثاني كتاب في الحديث من حيث الصحة بعد صحيح البخاري وله أيضاً « المسند الكبير » و « كتاب أولاد الصحابة » و « التمييز » و « العلل » . انظر وفيات الأعيان ٤ / ٢٨٠ - ٢٨١ رقم الترجمة ٦٨٨ وتذكرة الحفاظ ٢ / ٥٨٨ - ٥٩٠ رقم الترجمة ٦١٣ .

(٢) أي المستدل بالتصرية وهو شيخ المازري ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(٣) انظر تحقيق المراد ص ٢١٠ .

(٤) صحيح البخاري ٣ / ٢٤ وصحيح مسلم بشرح النووي ٣ / ١٣٤٤ .

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ٣ / ١٣٤٣ ، وسنن أبي داود تحقيق الدعاس ٤ / ١٢ .

(٦) سنن أبي داود ٤ / ١٣ تحقيق الدعاس .

توجيه الاستدلال :

معنى قوله فهو رد أي مردود غير صحيح ، والصلاة في المكان المغصوب ليست من أمر الله فهي رد ، ولأن النهي عن الفعل على هذه الصفة يخرج عنه أن يكون شرعيا ، والصحة والجواز من أحكام الشرع ، وهذا الفعل منهي عنه فوجب ألا يكون ذلك شرعا^(١) .

مناقشة الاستدلال :

ونوقش هذا الدليل بأن تفسير معنى قوله ﷺ : « فهو رد » على أنه غير صحيح ، ليس مسلما ، بل إن معناه غير مقبول طاعة وقربة ، ولا شك أن المحرم لا يقع طاعة ، وأما منعه من أن يكون سببا للحكم فلا ؛ لأن الاستيلاء وذبح شاة الغير ليس عليه أمرنا ثم هو ليس برد في هذا المعنى^(٢) .

والصلاة في نفسها من أمر الله وأما الذي ليس عليه أمر الله فهو الغصب فيختص وحده بالزد ، وأما القول بأن النهي على هذه الصيغة يخرج عنه أن يكون شرعيا فذلك مسلم ، لو كان النهي لذات المنهي عنه ، أما أن يكون لأمر خارج عن المنهي فغير مسلم ، لأن ذلك ليس من شروط صحة الصلاة .

الدليل الثاني : أن الصلاة عبادة أتى بها على الوجه المنهي عنه فلم تصح ، كصلاة الحائض وصومها ، وذلك لأن النهي يقتضي تحريم الفعل واجتنابه والتأثم بفعله فكيف يكون مطيعا بما هو عاص به ، ممثلا بما هو محرم عليه ، متقربا بما يبعد به ، فإن حركاته وسكناته من الركوع والسجود أفعال اختيارية هو عاص بها منهي عنها^(٣) .

مناقشة الدليل :

القول بأن الصلاة عبادة أتى بها على الوجه المنهي عنه غير مسلم فإن الصلاة عبادة

(١) انظر العدة في أصول الفقه لأبي يعلى ٢ / ٢٤٢ .

(٢) انظر المستصفى للغزالي ١٠ / ٢ .

(٣) المغني لابن قدامة ٧٤ / ٢ .

أمر الله سبحانه بها ، ولم يشترط فيها بقعة مباحة ، بل أوجب الصلاة مطلقا ، وحرم الغضب ولا يلزم من تحريم الشيء أن يكون عدمه شرطا ، كما أنه لو سرق في صلاته لم تبطل صلاته ، وكذا لو عزم في صلاته على قتل إنسان لم تبطل صلاته ، مع مقارنة المحرم فكذا في هذه المواطن^(١) ، ولأن الصلاة في الدار المغصوبة لها جهتان والواحد بالشخص يكون له جهتان هو طاعة من إحداها ومعصية من إحداها فالصلاة في الأرض المغصوبة من حيث هي صلاة قربة ، ومن حيث هي غصب معصية . فله صلاته ، وعليه غصبه .

الدليل الثالث : أن المسلمين أجمعوا على أن الصلاة لاتصح إلا بنية التقرب إلى الله تعالى ، والتقرب إليه لا يتصور بما هو معصية ، وقد حرمه الله سبحانه ، لأن الكون في الدار المغصوبة محرم^(٢) .

مناقشة الدليل :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن نية التقرب إنما تتوجه إلى كونها صلاة لا إلى كونها غصبا ، وإحداها منفكة عن الأخرى فليستا بمتلازمتين .

الدليل الرابع : قالوا الصلاة في الدار المغصوبة لها جهتان :

الجهة الأولى : أنه مأمور بها من جهة كونها صلاة بقطع النظر عن البقعة المؤداة فيها الصلاة .

الجهة الثانية : كونها معصية لكون البقعة التي أدت فيها الصلاة مغصوبة والغصب محرم ومنهي عنه .

وبناء عليه : يتضح أن الصلاة مأمور بها من جهة ، منهي عنها من جهة أخرى ويستحيل وقوع المنهي عنه مأمورا به ، فإذا صلى المرء في الدار المغصوبة صارت صلاته فاسدة غير مجزئة ، فيبقى الأمر بالصلاة مستمرا على من أتى بصورة الصلاة في الدار المغصوبة^(٣) .

(١) انظر الفروق للقرافي ٨٤/٢ .

(٢) انظر تحقيق المراد ص ١٦٧ .

(٣) انظر البرهان في أصول الفقه ١ / ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

المنافشة :

ونوقش ذلك بأن كون الشيء مأمورا به من جهة ، منها عنه من جهة أخرى ليس ممتنعا ولا مستحيلا بل هو الحق ، والقول في ذلك يلوح بضرب المثال فإذا قال القائل لعبده : خط هذا الثوب ولا تقعد اليوم ثم قال له لاتدخل داري هذا اليوم ، فإذا عصاه وجاوز حكم نهيہ وتعداه ودخل داره ولم يزل قائما كما أمره أو خاط الثوب الذي رسم خياطته ، فلا شك أنه يعد ممثلا في الخياطة وإن عصاه بدخول الدار ، فإذا أمره بالخياطة لم يشترط عليه بقعة مخصوصة ، ولذلك يحسن من العبد أن يقول : إن عصيتك بدخول الدار لم أعصك من إدامة القيام طول النهار ، ولا يشك ذو عقل أن دوام القيام الذي اتصل الأمر به مرسلا - في الدار التي نهى السيد عن دخولها - في كونه امثالا للأمر كالقيام الذي يفرض في غير تلك الدار التي نهاه السيد عنها ، وذلك يؤول إلى اتباع المقصود لكل ذي أمر ، فلم يبعد وصفه بكونه مأمورا به من وجه منها عنه من وجه^(١) ، وكذلك الصلاة في الدار المغصوبة فقد ورد الأمر بالصلاة مطلقا ، ولم يرد نهى عن الصلاة في الدار المغصوبة ، بل لم يشترط لصحة الصلاة بقعة معينة لاتصح الصلاة إلا بها ، وورد النهي عن الغصب وحده فإذا ماضى المصلي في الدار المغصوبة صحت صلاته ، وأثم لغصبه الأرض ولم تبطل صلاته لانفكاك الجهة بينهما .

الدليل الخامس : وبه استدل الظاهرية وهو مارواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم النحر فقال : « يأيها الناس أي يوم هذا ؟ قالوا : يوم حرام . قال : فأي بلد هذا ؟ قالوا : بلد حرام . قال : فأي شهر هذا ؟ قالوا : شهر حرام قال : فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ، في بلدكم هذا ، في شهركم هذا ، فأعادها مرارا ، ثم رفع رأسه فقال : اللهم هل بلغت ، اللهم هل بلغت » ، قال ابن عباس رضي الله عنه فوالذي نفسي بيده إنها لوصيته إلى أمته فليبلغ الشاهد الغائب ، لاترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض . رواه البخاري^(٢) .

(١) المرجع السابق ١ / ٢٨٥ ، ٢٩٠ .

(٢) صحيح البخاري ٢ / ١٩١ .

توجيه الاستدلال :

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن الدار المغصوبة مال لغير الغاصب فهي حرام عليه ، فإذا صلى فقد ارتكب محرماً ، وكذلك كل من توضأ بماء مغصوب أو أخذه بغير حق ، أو اغتسل به ، أو من إناء كذلك ، فلا خلاف بين أحد من أهل الإسلام أن استعماله ذلك الماء وذلك الإناء في غسله ووضوئه حرام ولا ريب أن الحرام المنهي عنه هو غير الواجب المفترض عمله ، والذي لا تجزئ الصلاة إلا به بل هو وضوء محرم هو فيه عاص لله تعالى ، وكذلك الغسل والصلاة بغير الوضوء الذي أمر الله تعالى به لا تجزئ ، وهذا أمر لا إشكال فيه^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن الحديث المذكور لا يدل إلا على تحريم الغصب فقط ، وهذا مسلم . وأما الصلاة فهي مأمور بها فالجهة بينهما منفكة ، ولا تلازم بينهما ، فالمصلي صلاته صحيحة وعليه إثم الغصب ، وأما الدليل المذكور فلا يدل على فساد الصلاة في الدار المغصوبة ، وإنما يدل على تحريم أكل المال بالباطل .

دليل القول الثالث : استدل القائلون بأن الصلاة في الدار المغصوبة لا تصح ولا يجب عليه القضاء بأن الصلاة ماهية مركبة من أمور ، أحد تلك الأمور الحركات والسكنات ، وهما ماهيتان مشتركتان في قدر واحد من المفهوم ، وهو شغل الحيز لأن الحركة عبارة عن شغل الحيز بعد أن كان شاغلاً لحيز آخر ، والسكون عبارة عن شغل حيز واحد أزمنة كثيرة ، وهذان المفهومان يشتركان في كون كل واحد منهما شاغلاً للحيز فإذا شغل الحيز جزء جزء ماهية الصلاة فيكون جزءاً لها لا محالة .

وشغل الحيز في هذه الصلاة منهي عنه ، فإذا أحد أجزاء ماهية هذه الصلاة منهي عنه فيستحيل أن تكون هذه الصلاة مأموراً بها لأن المركب أمر بجميع أجزائه ، فيكون ذلك الجزء مأموراً به - مع أنه كان منها عنه فيلزم في الشيء الواحد أن يكون مأموراً به منها عنه وهو محال .

(١) انظر المحلى لابن حزم ٢/ ٢٩١ .

والسلف أجمعوا على أن الظلمة لا يؤمرون بقضاء الصلوات المؤدات في الدور المغصوبة ،
فدل ذلك على أن الصلاة مأمور بها إلا أن الفرض يسقط - عندها - لا بها^(١) .

مناقشة الدليل :

اعترض كثير من العلماء على ما استدل به الرازي والقاضي أبو بكر بعبارات مختلفة
وذلك لبيان فساده .

فقال إمام الحرمين هذا حائد عندي عن التحصيل ، غير لائق بمنصب هذا الرجل
الخطير - يعني القاضي أبابكر - فإن الأعذار التي ينقطع الخطاب بها محصورة ، فالمصير
إلى سقوط الأمر عن متمكن من الامتثال ابتداء ودواما بسبب معصية لا بها لا أصل له
في الشريعة^(٢) .

وأرجح ما رد به العلماء على إبطال هذا الدليل ما يلي :

أولا : منع وجود الإجماع المذكور على عدم قضاء الصلاة ، قال إمام الحرمين :
الذي ادعاه من الإجماع لا يسلم ، فقد كان في السلف متعمقون في التقوى يأمرون
بالقضاء بدون ما فرضه القاضي رحمه الله ، وتقدير الإجماع مع ظهور خلاف السلف
عسر ثم إن صح عنهم ما ذكروه ، فكما نقل عنهم سقوط الأمر نقل عنهم أن موقع الصلاة
مأمور بها ، فلو كان يعتصم على الخصم بالإجماع فلا ينبغي أن يجريه في عين ما ينقله^(٣) .

وقال العلائي : لا يثبت ادعاء الإجماع حتى يثبت النقل بأن الظلمة غصبوا أراض
معينة غصبا محققا ، ثم كانوا يصلون فيها ، والعلماء من الصحابة المتأخرين ومن بعدهم
من التابعين يشاهدونهم ولا يأمرهم بالإعادة مع قدرتهم على الإنكار عليهم ، ثم شاع
ذلك واستمر العمل به في الأمصار كلها حتى انعقد الإجماع عليه ، وكل هذه المقدمات
لا يمكن ثبوت شيء منها بل الظاهر خلافها ، وإن ذلك لم يتفق في عصر الصحابة رضي
الله عنهم ... وكيف يدعى الإجماع في المسألة ، وفيها الخلاف من مثل الإمام أحمد بن

(١) المحصول في علم أصول الفقه للرازي ١ / ٤٨٢ ، ٤٨٥ .

(٢) البرهان في أصول الفقه ١ / ٢٨٧ .

(٣) المرجع السابق ١ / ٢٨٨ .

حنبل وغيره من العلماء ، وقد قال إمام الحرمين : عزى المنقول عن أحمد إلى طوائف من سلف الفقهاء ، وقيل هو رواية عن مالك^(١) ، ولا ريب أن الإمام أحمد رحمه الله من أعلم الفقهاء بالإجماع والاختلاف ، وأكثرهم اطلاعا على الآثار المنقولة عن السلف فكيف يخفى عليه مثل هذا؟^(٢) .

ثانيا : أن الإجماع عند فخر الدين الرازي دليل ظني ، وما ذكره من أن الصلاة مأمور بها دليل قطعي ، فكيف يعارض الظني بالقطعي حتى يحتاج إلى الجمع بينهما^(٣) .

ثالثا : قولهم إن الفرض يسقط - عندها - لا بها ضعيف ؛ ذلك أن الأمر بالصلاة قطعي ، ولا يسقط الأمر بها إلا بأحد أمرين :

أولا : أدائها على الوجه الصحيح .

ثانيا : زوال أهلية التكليف عن المخاطب بها .

ولما كانت أهلية التكليف باقية تعين الأمر الأول وهو أدائها على الوجه الصحيح ، فدل ذلك على عدم سقوطها .

أدلة القول الرابع : استدل القائلون بأن الصلاة صحيحة وعلى المصلي إثم الغصب

بما يلي :-

الدليل الأول : أن التغير قد يقع مع اتحاد الموضوع المحكوم عليه شخصا بسبب اختلاف صفاته ، بأن يكون المحكوم عليه بأحد الحكمين المتقابلين هو الهيئة الاجتماعية من ذاته وإحدى صفتيه ، والمحكوم عليه بالحكم الآخر هو الهيئة الاجتماعية من ذاته والصفة الأخرى ، كالحكم على زيد بكونه مذموما لفسقه مشكورا لكرمه ، فعلم أن المجموع الحاصل من الذات والصفة مغاير لكل واحد منهما ، وإذا حصل التغير في المحكوم عليه فلا استحالة في الحكم بالوجوب والحظر معا بحسب اختلاف الجهتين^(٤) .

الدليل الثاني : أن السيد إذا قال لعبده أو جبت عليك خياطة هذا الثوب وحرمت عليك الكون في هذه الدار ، فجمع العبد بين الفعلين فإنما قطع بطاعة العبد وعصيانه

(١) انظر المرجع السابق ٢٨٤ / ١ .

(٢) انظر تحقيق المراد للعلائي ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

(٣) انظر المرجع السابق .

(٤) انظر تحقيق المراد للعلائي ص ١٦١ .

جميعا للجهتين ، وأنه يستحق الثواب على طاعته والعقاب على عصيانه .

الدليل الثالث : وهو الذي عول عليه إمام الحرمين : تحقيق الفرق بين المنهي عنه لعينه ولوصفه ولغيره .

فإذا كان النهي يختص بالفعل المأمور به ويرجع إلى عينه ، فلا يجامعه الأمر به ، بل هما يتعاقبان ويتناقضان ، نحو صم ، لاتصم ، فهذا هو المنهي عنه لعينه . وإما أن يفرض أمر مطلق يتبين منه أن مقصود الأمر تحصيله ثم يفرض نهي عن إيقاع ذلك المأمور السابق على وجه مع التعرض في النهي للأمر قصدا إليه ، فما كان كذلك فالنهي يقتضي إلحاق شرط بالمأمور حتى إذا فرض وقوعه على مراغمة النهي فإنه يقال إنه ليس امثالا وهذا هو المنهي عنه لوصفه .

وإما أن يجري الأمر مطلقا ويتبين أن الغرض إيقاع المأمور به من غير تخصيص بحال ومكان ، ثم يرد نهي مطلق عن كون مطلق من غير تخصيص له بموجب الأمر الأول ، فيقع النهي مسترسلا لا تعلق له بمقصود الأمر ، ويبقى الأمر مسترسلا لا تعلق له بمقصود النهي ، فإذا انقطع ارتباط أحدهما بالآخر ووقع الفعل على حسب الأمر مخالفا للنهي قيل فيه : إنه وقع مقصودا للأمر المطلق ، منهيًا عنه بالنهي المؤخر ، فلا يمتنع والحالة هذه اجتماع الحكمين ، وينزل هذا منزلة تعدد الأمر والناهي ، وكذلك الصلاة في الدار المغصوبة فإنه لم يثبت النهي عن الكون في الدار المغصوبة في وضع الشرع متعلقا بمقصود الصلاة فاسترسل النهي منقطعا عن أغراض الصلاة وبقيت الصلاة على حكمها فإن صح نهي مقصود عن الصلاة في الدار المغصوبة فلا تصح ، وإلا فهي صحيحة كما ذكرنا^(١) .

الدليل الرابع : أن من تعين عليه قضاء دين وهو متمكن من أدائه ، والطلب به متوجه نحوه فيحرم بالصلاة فإنها تصح ، وإن كان مكثه في مكانه تركا لواجب عليه من جهة السعي لأداء الدين ، فكذلك الصلاة في الدار المغصوبة .

الترجيح : والذي يترجح في نظري هو القول بصحة الصلاة في الدار المغصوبة وأن الغاصب عليه إثم غصبه ؛ لأنه لم يرد دليل يدل على النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ،

(١) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين ١ / ٢٩١ ، ٢٩٢ بتصرف .

ولقوة الأدلة التي استدل بها القائلون بالصحة وسلامتها من المناقشة .

المطلب الثاني : الصلاة بالنجاسة نسيانا .

اختلف فيمن صلى ناسيا وفي ثوبه أو بدنه نجاسة هل يعيد على ثلاثة أقوال :-

القول الأول : أنه يعيد إذا علم وإن خرج الوقت وبه قال الحنفية ، وهو القول الجديد في مذهب الشافعي ، ورواية عند الحنابلة^(١) ، ورواية عن مالك رحمه الله ، وهو مذهب الظاهرية جاء في فتح الله المعين : « لو صلى صلوات ثم ظهر أن النجاسة في الطرف الآخر أعادها »^(٢) .

وجاء في المجموع شرح المذهب « من صلى بالنجاسة أو جهلها ، الأصح في مذهبنا وجوب الإعادة وبه قال أبو قلابة^(٣) وأحمد »^(٤) .

وجاء في المغني « إن علم أن النجاسة كانت في الصلاة لكن جهلها حتى فرغ من الصلاة ففيه روايتان ... الثانية يعيد وهو قول أبي قلابة والشافعي »^(٥) ، وجاء في المحلى « لو تغير الماء من النجاسة المذكورة أو من شيء طاهر أعاد من توضأ به وصلى أبدا »^(٦) .

(١) في مذهب الحنفية - عدا زفر - والحنابلة ، يعفى عن يسير النجاسة ، قال الزيلعي وعفي قدر الدرهم كعرض الكف من نجس مغلظ كالدم والخمر وخراء الدجاج وبول مالا يؤكل والروث والحثي وقال زفر والشافعي قليل النجاسة ككثيرها يمنع تبين الحقائق ١/ ٧٣ ، وقال ابن تيمية : « أحمد متوسط في النجاسات فلا ينجس الأرواث والأبوال ، ويعفو عن اليسير من النجاسات التي يشق الاحتراز عنها » مجموع الفتاوى ١٧/ ٢١ .

(٢) ١/ ١٢٣ وجاء في البحر الرائق ٢/ ٢٣٢ « النجاسة عين مستقدرة شرعا وإزالتها عن البدن والثوب والمكان فرض ... إن كان بقدر المانع » .

(٣) أبو قلابة : عبد الله بن زيد بن عمرو الجرمي البصري أحد الأعلام ، فقيه ثقة كثير الحديث من أعلم الناس بالقضاء ، طلب له فهرب حتى أتى الإمامة . توفي سنة ١٠٤ هـ . وقيل سنة ١٠٧ هـ وقيل غير ذلك . تهذيب التهذيب ٥/ ٢٢٤ - ٢٢٦ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٦ رقم الترجمة ٨٣ .

(٤) ١/ ١٤٩ وقال الشافعي في الأم ١/ ٤٧ : « إذا صلى رجل في ثوب مشرك أو مسلم ثم علم أنه كان نجسا أعاد ما صلى فيه ، وانظر مغني المحتاج ١/ ١٩٤ .

(٥) ابن قدامة ٢/ ٦٥ .

(٦) ١/ ١٩٣ وفيما يتعلق بالرواية عن الإمام مالك جاء في تفسير القرطبي ٨/ ٢٦٢ « اختلف العلماء في إزالة النجاسة من الأبدان والثياب على ثلاثة أقوال الأول : أنه واجب فرض ولا تجوز صلاة من صلى بثوب نجس عالما كان بذلك أو ساهيا روي عن ابن عباس والحسن وابن سيرين وهو قول الشافعي وأحمد وأبي ثور ، ورواه ابن وهب عن مالك » .

القول الثاني : أنه لا يعيد أبداً ، وهو القديم من مذهب الشافعي ، ورواية في مذهب الحنابلة ، وهو قول مجاهد والشعبي والنخعي ، ويحيى الأنصاري^(١) وإسحق^(٢) وابن المنذر^(٣) .

جاء في المذهب « إن لم يعلم بالنجاسة حتى فرغ من الصلاة ففيه قولان قال في القديم لا يعيد »^(٤) .

وجاء في الإنصاف « وإن علم أن النجاسة كانت في الصلاة لكن جهلها أو نسيها فعلى روايتين إحداهما تصح ، وهي الصحيحة عند أكثر المتأخرين »^(٥) .

القول الثالث : أن الإعادة موقوفة على عدم خروج الوقت فإن خرج الوقت لم يعد وإلا أعاد . وبه قال مالك ، لكن هل الإعادة مستحبة أو واجبة ؟

أكثر المالكية يصرحون بأنها مستحبة وبهذا يكون رأي مالك موافقا للرأي الثاني من جهة عدم وجوب الإعادة، كما ذكر بعضهم وجوب الإعادة^(٦) .

والذي يظهر من نصوص المدونة أن الإعادة واجبة ، حيث صرح بها في جميع المسائل وأياً كان فإن الإعادة عند مالك موقوفة على عدم خروج الوقت سواء كانت مستحبة أو واجبة .

جاء في المدونة « قال مالك البول والرجيع والاحتلام وخرء الطير التي تأكل الجيف والدجاج التي تأكل التبن قليل خريثها وكثيرها سواء إن ذكر وهو في الصلاة ، وهو في ثوبه أو إزاره نزع وقطع الصلاة واستأنفها من أولها بإقامة جديدة كان مع الإمام أو

(١) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الأنصاري البخاري المدني تابعي فقيه حافظ كثير الحديث ثقة توفي سنة ١٤٣ هـ ، تذكرة الحفاظ ١ / ١٣٧ ، تهذيب التهذيب ١١ / ٢٢١ .

(٢) هو الحافظ أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن محمد التميمي الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه ولد سنة ١٦١ هـ ونزل نيسابور وكان ثقة مأمونا توفي سنة ٢٣٨ هـ / طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩٤ ، تذكرة الحفاظ ٢ / ٤٣٣ ، ٤٣٥ رقم الترجمة ٤٤٠ .

(٣) المغني لابن قدامة ٢ / ٦٥ .

(٤) الشيرازي ١ / ٦٩ .

(٥) المرداوي ١ / ٤٨٦ ، وجاء في المحرر ١ / ٤٧ « ومن حمل نجاسة لا يعفى عنها أو لاقاها بيديه أو ثوبه أو حمل ما يلاقيها لم تصح صلاته إن علم بها ، وفي الجاهل والناسي روايتان ، المذهب الصحة » .

(٦) انظر المنتقى للباجي ١ / ١٠٠ ، ١٠١ والاستذكار لابن عبد البر ٢ / ٣٧ .

وحده ، فإن صلاها أعادها مادام في الوقت فإن ذهب الوقت فلا إعادة عليه ^(١) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأنه يعيد إذا علم وإن خرج الوقت بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾ ^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الله سبحانه وتعالى أمر بطهارة الثياب ، وذلك يعني غسلها من النجاسة ، والأمر يفيد الوجوب ، وعليه فإن من صلى بالنجاسة فإن صلاته باطلة لتركه ماوجب عليه فتلزمه الإعادة .

المناقشة :

ونوقش بأن الآية نزلت قبل فرض الصلاة ، والمراد بها الطهارة من أوثان الجاهلية وشركها ، والأعمال الخبيثة . فعن ابن عباس أنه أتاه رجل فقال أرأيت قول الله تعالى :

(١) المدونة ١ / ٢٢ / ٢٣ ، وفي المدونة أيضا : أن الدجاج المخلاة التي تأكل القذر بمنزلة الطير التي تأكل الجيف إن شربت من إناء فتوضأ به رجل أعاد مادام في الوقت فإن مضى الوقت فلا إعادة عليه قال نعم . وقال مالك في الرجل يصلي وفي ثوبه دم ... وإن كان كثيرا - كان دم حيضة أو غيره - نزع واستأنف الصلاة من أولها بإقامة ولا يني على شيء مما صلى ، وإن رأى بعدما فرغ أعاد مادام في الوقت ، وعن ربيعة بن أبي ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال فيمن أصاب ثوبه - بول أو رجيع - أو ساقه أو بعض جسمه حتى صلى وفرغ ، قال إن كان مما يكون من الناس فإنه يعيد صلاته ، وإن كان فات الوقت فلا يعيد ، وقال مالك فيمن كان معه ثوب واحد وليس معه غيره وفيه نجس قال يصلي به ، فإذا أصاب ثوبا غيره أو أصاب ماء فغسله أعاد مادام في الوقت ، فإن مضى الوقت فلا إعادة عليه ، وقال مالك من صلى على الموضع النجس أعاد مادام في الوقت ، قلت لابن القاسم فإن كان بولا فجف قال إنما سألته عن الموضع النجس فإن جف أعاد ، فقلت له فمن تيمم به أعاد ؟ قال يعيد مادام في الوقت ، وهو كمن صلى بثوب غير طاهر ، قال ابن وهب وقد قال ربيعة وأبي شهاب في الثوب يعيد مادام في الوقت ، وقال مالك من صلى ومعه جلد ميتة لم يدبغ أو شيء من لحوم الميتة أو عظامها قال يعيد الصلاة مادام في الوقت ، فإن مضى الوقت فلا إعادة عليه انظر المدونة ج ١ ص ٦ ، ٢٤ ، ٢٨ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٩١ ، ٩٢ . وقال الخطاب والمعتمد في المذهب أن من صلى بالنجاسة متعمدا عالما بحكمها أو جاهلا وهو قادر على إزالتها يعيد صلاته أبدا ، ومن صلى بها ناسيا لها أو غير عالم ، أو عاجزا عن إزالتها يعيد في الوقت على قول من قال إنها سنة ، وقول من قال إنها واجبة مع الذكر والقدرة اهـ . مواهب الجليل شرح مختصر خليل ١ / ١٣١ .

(٢) سورة المدثر آية «٤» وانظر في الاستدلال بهذه الآية المغني لابن قدامة ٢ / ٦٣ .

﴿وَيَا بَنِكَ فَطَهَّرْ﴾ قال لاتلبسها على معصية ، ولا على غدره^(١) ثم قال أما سمعت قول غيلان بن سلمة الثقفي^(٢) .

وإني بحمد الله لا ثوب فاجر لبست ولا من غدره أتقنع^(٣)

قال الشوكاني عن هذه الآية : غاية ما يستفاد من الآية الوجوب عند من جعل الأمر حقيقة فيه ، والوجوب لا يستلزم الشرطية ، لأن كون الشيء شرطا حكم شرعي وضعي لا يثبت إلا بتصریح من الشارع بأنه شرط ، أو بتعليق الفعل به بأداة الشرط أو بنفي الفعل بدونه نفيًا متوجها إلى الصحة لا إلى الكمال ، أو بنفي الثمرة ولا يثبت بمجرد الأمر به^(٤) .

الدليل الثاني : حديث أبي سعيد الخدري^(٥) رضي الله عنه أن النبي ﷺ صلى فخلع نعليه ، فخلع الناس نعالهم ، فلما انصرف قال لهم : لم خلعتم ؟ قالوا : رأيناك خلعت فخلعنا ، فقال : « إن جبريل أتاني فأخبرني أن بهما خبثا فإذا جاء أحدكم المسجد فليقلب نعليه ولينظر فيهما ، فإن رأى خبثا فليمسحه بالأرض ثم ليصل فيهما »^(٦)

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه هذا الدليل بأن يقال إن الرسول ﷺ أمر بخلع النعلين ، ولو كانت الصلاة صحيحة لما أمره الله بذلك ، وإذا لم تصح الصلاة بهما وجبت الإعادة .

(١) غدره : الغدر نقض العهد .. انظر : المصباح المنير ٢ / ٩٥ والمعجم الوسيط ٢ / ٦٥١ .

(٢) غيلان بن سلمة الثقفي من أهل الطائف وأحد وجوه ثقيف كان أحد الحكماء والعقلاء ، أسلم وعنده عشر نسوة فأمره النبي ﷺ فاختر أربعاً فصارت سنة ، توفي سنة ٢٣هـ / طبقات فحول الشعراء للجمحي ص ٢١٧ - ٢٢٦ ، الأعلام .

(٣) انظر تفسير الطبري ٢٩ / ٩١ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٩ / ٦٧ وأحكام القرآن لابن العربي ٤ / ١٨٧٥ .

(٤) نيل الأوطار ٢ / ١١٩ .

(٥) أبو سعيد الخدري : هو أبو سعيد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري الخزرجي لازم النبي ﷺ كثيرا ، وروى عنه أحاديث كثيرة ، وغزا معه ، وكانت ولادته قبل الهجرة بعشر سنين وتوفي في المدينة سنة ٧٤هـ / الاستيعاب ٤ / ٦٠٢ رقم الترجمة ٩٥٤ ، وأسد الغابة ٢ / ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده ٣ / ٢٠ ، وسنن أبي داود ١ / ٤٢٦ رقم الحديث ٦٥٠ (تحقيق الدعاس) ، والدارمي في سننه ١ / ٢٦٠ .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن خلع الرسول ﷺ نعليه في الصلاة لا يفيد أن ذلك شرط لصحة الصلاة ، بدليل أن الرسول ﷺ قد بنى على ما كان قد صلى قبل الخلع ، ولو كانت طهارة الثياب ونحوها شرطا لوجب الاستئناف لأن الشرط يؤثر عدمه في المشروط .

الدليل الثالث : عن جابر بن سمرة^(١) قال : سمعت رجلا سأل النبي ﷺ : « أصلي في الثوب الذي آتي فيه أهلي ؟ قال : نعم إلا أن ترى فيه شيئا فتغسله »^(٢) .

الدليل الرابع : عن معاوية^(٣) قال قلت لأم حبيبة^(٤) : هل كان يصلي النبي في الثوب الذي يجامع فيه ، قالت : نعم ، إذا لم يكن فيه أذى^(٥) .

توجيه الاستدلال من الحديثين :

أن الرسول ﷺ أمر بتجنب الثوب النجس ، وأخبرت عنه أم حبيبة أنه كان يجتنبه ، فدل ذلك على أن الصلاة لا تصح به ، وأن طهارته شرط لصحة الصلاة ومن صلى به فعليه الإعادة .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش حديث جابر بأنه ليس فيه ما يدل على وجوب إعادة الصلاة ، وكذلك حديث معاوية فهو فعل لا يدل على وجوب الإعادة فضلا عن الشرطية .

(١) هو جابر بن سمرة بن جندب العامري السوائي حليف بني زهرة وأمه خالدة بنت أبي وقاص أخت سعد بن أبي وقاص له ولأبيه صحبة يكنى أبا عبد الله ويقال يكنى أبا خالد نزل الكوفة وابتنى بها دارا وتوفي في ولاية بشر على العراق سنة ٧٤ هـ . الإصابة لابن حجر ٢١٣ / ١ (ط دار الكتاب العربي) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٨٩ / ٥ ، ٩٧ ، وابن ماجه في سننه ٨٠ / ١ .

(٣) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية القرشي الأموي أسلم يوم فتح مكة في السنة الثامنة من الهجرة وصار من كتاب النبي ﷺ ثم أسس الدولة الأموية في الشام بعد عهد الخلفاء الراشدين واشتهر بدهائه ، واتسعت الفتوحات الإسلامية في عهده توفي في دمشق سنة ٦٠ هـ . الاستيعاب ٣ / ١٤١٦ ، ١٤٢٢ رقم الترجمة ٢٤٣٥ ، أسد الغابة ٤ / ٣٨٥ - ٣٨٨ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ٧ / ٤٠٦ ، ٤٠٧ .

(٤) أم حبيبة بنت أبي سفيان هي أم المؤمنين رملة بنت أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس الأموية تكنى أم حبيبة وهي بها أشهر من اسمها ، ولدت قبل البعثة بسبعة عشر عاما تزوجها حليفهم عبيد الله بن جحش فأسلما ثم هاجرا إلى الحبشة فولدت له حبيبة ولما تنصر زوجها عبيد الله بن جحش وارتد عن الإسلام فارقها ثم تزوجها النبي ﷺ . توفيت بالمدينة سنة ٤٤ هـ . أسد الغابة ٥ / ٥٧٣ ، الإصابة لابن حجر ٤ / ٣٠٥ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ١ / ٢٥٧ (تحقيق الدعاس) ، والنسائي في سننه ١ / ١٢٧ ، وابن ماجه في سننه ١ / ١٧٩ .

الدليل الخامس : عن أم يونس بنت شداد^(١) قالت حدثني حماتي أم جحدر العامرية^(٢) ، أنها سألت عائشة عن دم الحيض يصيب الثوب ، فقالت : كنت مع رسول الله ﷺ وعلينا شعارنا^(٣) ، وقد ألقينا فوقه كساء فلما أصبح رسول الله ﷺ أخذ الكساء فلبسه ، ثم خرج فصلى الغداة ثم جلس ، فقال رجل : يا رسول الله هذه لمعة^(٤) من دم فقبض رسول الله ﷺ على ما يليها فبعث بها إليّ مصرورة^(٥) في يد الغلام فقال : اغسلي هذه ، وأجفئها ثم أرسلني بها إليّ فدعوت بقصعتي فغسلتها ثم أجففتها فأحرتها^(٦) . فجاء رسول الله ﷺ بنصف النهار وهي عليه . رواه أبو داود^(٧) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الرسول ﷺ أمر بغسل لمعة الدم ولم يصل فيها ، فدل ذلك على أن الطهارة في الثياب شرط لصحة الصلاة وأن الصلاة بها لا تصح ، وإذا لم تصح وجبت الإعادة على من صلى بها .

مناقشة الاستدلال :

ناقش الشوكاني رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث فقال :
يجاب عنه أولا بأنه غريب كما قال المنذري^(٨) .

(١) أم يونس بنت شداد راوية من راويات الحديث روت عن حماتها أم جحدر وروى عنها عبد الوارث بن سعيد المتوفى سنة ٧٩ أو ٨٠ هـ . وروى لها أبو داود . انظر تهذيب التهذيب ١٢ / ٤٨٣ ، وخلاصة تهذيب التهذيب الكمال ٣ / ١٤٠٤ ، وأعلام النساء ٥ / ٣٠٠ .

(٢) أم جحدر العامرية من راويات الحديث روت عن عائشة أم المؤمنين وروت عنها أم يونس بنت شداد وروى لها أبو داود ، انظر : تهذيب التهذيب ١٢ / ٤٦١ ، وخلاصة تهذيب التهذيب الكمال ٣ / ٣٩٧ ، وأعلام النساء ١ / ١٨٩ .

(٣) شعارنا : الشعار هو الثوب الذي يلي الجسد لأنه يلي شعره . النهاية في غريب الحديث والأثر ٢ / ٤٨٠ .

(٤) لمعة : بزة غرفة ، البقعة اليسيرة من الجسد التي لم يصبها الماء وهي في الأصل قطعة من النبت إذا أخذت في اليبس . النهاية في غريب الحديث والأثر ٤ / ٢٧٢ .

(٥) مصرورة : أي مجموعة / القاموس المحيط ٢ / ٦٨ .

(٦) فأحرتها : أي أرجعتها يقال حار الشيء يحور بمعنى رجع قال تعالى : ﴿ إِنَّهُ ظَنَّ أَنْ لَنْ يَحُورَ ﴾ أي لن يرجع فيحاسبه ربه . القاموس المحيط ٢ / ١٥ مادة حور ، النهاية في غريب الحديث والأثر ١ / ٤٥٨ .

(٧) سنن أبي داود ١ / ٢٦٩ تحقيق الدعاس .

(٨) المنذري : هو الحافظ أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله ابن سلامة المنذري الشامي ثم المصري حافظ ثبت ثقة ولد سنة ٥٨١ هـ وتوفي سنة ٦٥٦ هـ بالقاهرة له مصنفات منها كتاب الترغيب والترهيب ، ومختصر صحيح مسلم ، ومختصر سنن أبي داود .

وثانيا : بأن غاية مافيه الأمر بطهارة الثوب وهو لا يدل على الشرطية .
وثالثا : بأنه عليهم لا لهم لأنه لم ينقل إلينا أن الرسول ﷺ أعاد الصلاة التي صلاها
في ذلك الثوب^(١) .

الدليل السادس : عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « مر النبي ﷺ بقبرين ،
فقال : إنهما ليعذبان ومايعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتر^(٢) من البول ، وأما
الآخر فكان يمشي بالنميمة ، ثم أخذ جريدة رطبة فشققها نصفين فغرز في كل قبر واحدة
قالوا : يا رسول الله لم فعلت ؟ . قال لعله يخفف عنهما ما لم ييبسا » . رواه البخاري
ومسلم^(٣) .

توجيه الاستدلال :

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أن صاحب القبر استحق العذاب لأنه لم يتطهر من
البول ، ولا يعذب الإنسان إلا على ترك واجب ، ومن صلى وقد ترك واجبا وجبت عليه
الإعادة^(٤) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن إخبار الرسول ﷺ بكونهما
يعذبان لا يدل على كونه من شروط الصلاة ، كما يحتمل أن يكون صاحب هذا القبر
متعمدا كما هو ظاهر الحديث ، والخلاف في الناسي لا المتعمد .

= انظر تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٣٦ - ١٤٣٩ رقم الترجمة ١١٤٤ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٥٠١ - ٥٠٢
رقم الترجمة ١١١٢ .

(١) نيل الأوطار ٢/ ١٢٠ .

(٢) قوله « لا يستتر من البول » أي لا يجعل بينه وبين بوله سترة يعني لا يتحفظ منه ، وبهذا توافق رواية مسلم في
صحيحه ١/ ٢٤١ (يستنزه) والتنزه هو الإبعاد عن الشيء / انظر فتح الباري ١/ ٣١٨ ، ونيل الأوطار ١/ ١١١ ،
قال ابن دقيق العيد هذه اللفظة أعني يستتر (قد اختلفت فيها الرواية على وجوه وهذه اللفظة تحتمل وجهين : أحدهما :
الحمل على حقيقتها من الاستتار عن الأعين ويكون العذاب على كشف العورة . والثاني وهو الأقرب أن يحمل على
المجاز ويكون المراد بالاستتار التنزه عن البول والتوقي منه إما بعدم ملابسته أو بالاحتراز عن مفسدة تتعلق به كانتقاض
الطهارة .

انظر إحكام الأحكام ١/ ٦٢ - ٦٣ .

(٣) صحيح البخاري ١/ ٦١ ، صحيح مسلم ١/ ٢٤٠ .

(٤) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/ ٢٦٨ .

الدليل السابع : مارواه أبو هريرة مرفوعا : « تعاد الصلاة من قدر الدرهم من الدم » رواه الدارقطني^(١) ، ففي هذا الحديث دلالة صريحة على إعادة الصلاة من يسير الدم لأنه نجس وهو عام في الناسي وغيره .

الناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه غير ثابت قال الدارقطني راوي الحديث : في إسناده روح بن غطيف^(٢) ، وهو متروك الحديث^(٣) وقال البخاري : روح هذا منكر الحديث ، وحديثه هذا لا أصل له من النبي ﷺ^(٤) ، وقال النسائي^(٥) : روح بن غطيف متروك الحديث^(٦) وبهذا يتبين أن الحديث لا يصح الاستدلال به .

أدلة القول الثاني :

استدل من قال بأنه لا يعيد أبدا بما يلي :

الدليل الأول : مارواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ صلى فخلع نعليه فخلع الناس نعالهم ... » الحديث^(٧) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن الطهارة لو كانت شرطا مع عدم العلم بها لزمه استئناف الصلاة ، فلما لم يستأنفها وبني على صلاته علم أنه ليست بشرط .

(١) سنن الدارقطني ٢ / ١٤٠١ .

(٢) روح بن غطيف الثقفي روى عن عمر بن مصعب وروى عنه محمد بن ربيعة منكر الحديث وهو من أهل الجزيرة . الضعفاء الصغير للبخاري ص ٤٥ ، وميزان الاعتدال ٢ / ٦٠ .

(٣) سنن الدارقطني ٢ / ٤٠١ .

(٤) الضعفاء الصغير ص ٤٥ .

(٥) النسائي : هو الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي الخراساني صاحب السنن المعروفة بسنن النسائي ولد سنة ٢١٥ هـ وسكن مصر ، مات في الرملة بفلسطين سنة ٣٠٣ هـ وكان إماما في الحديث ثبتا حافظا تولى القضاء . انظر وفيات الأعيان ١ / ٥٩ ، رقم الترجمة ٢٨ ، تذكرة الحفاظ ٢ / ٦٩٨ - ٧٠١ رقم الترجمة ٧١٩ .

(٦) الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٤٠ .

(٧) سبق ذكر هذا الحديث وتخريجه ص ٢٣٢ من هذا البحث .

الدليل الثاني : عن ابن مسعود « أن النبي ﷺ كان يصلي عند البيت وأبو جهل^(١) وأصحاب له جلوس إذ قال بعضهم لبعض أيكم يجيء بسلا جزور بني فلان فيضعه على ظهر محمد إذا سجد ، فانبعث أشقى القوم فجاء به ، فنظر حتى إذا سجد النبي ﷺ وضعه على ظهره بين كتفيه وأنا أنظر لا أغني شيئاً ، لو كان لي منعة قال فجعلوا يضحكون ويحيل بعضهم على بعض^(٢) ورسول الله ﷺ لا يرفع رأسه حتى جاءته فاطمة^(٣) فطرحته عن ظهره ، فرفع رأسه ثم قال اللهم عليك بقريش .. الحديث رواه البخاري ، وفي رواية أخرى عند البخاري فلما قضى رسول الله ﷺ قال اللهم عليك بقريش^(٤) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال لو كانت إزالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع النبي ﷺ صلاته فلما لم يقطعها دل ذلك على صحتها .

أدلة القول الثالث : وهو القول بأن الإعادة موقوفة على عدم خروج الوقت فإن خرج لم يعد وإلا أعاد وهو ما صرح به مالك في المدونة كما سبق ماروي أن عمر بن الخطاب^(٥) رضي الله عنه صلى بالناس الصبح ، ثم غدا إلى أرضه فوجد في ثوبه احتلاما

(١) أبو جهل : هو عمرو بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن مخزوم القرشي من أشد الناس عداوة وإيذاء لرسول الله ﷺ ولأصحابه ومن صناديد قريش المشهورين ، قتل يوم بدر . انظر الطبقات الكبرى لابن سعد ٢٠٠ / ١ ، ٢١١ ، ٢ / ٦ ، ١٨ .

(٢) قوله « يحيل بعضهم على بعض » من الإحالة والمراد أن بعضهم ينسب فعل ذلك إلى بعض بالإشارة تهكما ، ويحتمل أن يكون من حال يحيل إذا وثب على ظهر دابته ، أي يشب بعضهم على بعض من المرح والبطر ، فتح الباري لابن حجر ١ / ٣٥٠ .

(٣) هي فاطمة الزهراء بنت إمام المتقين رسول الله ﷺ محمد بن عبد الله بن عبد المطلب الهاشمية ولدت سنة إحدى وأربعين من مولد النبي ﷺ وكان مولدها قبل البعثة بقليل تزوجها علي بن أبي طالب وتوفيت سنة ١١ هـ / الإصابة ٣٦٨ / ٤ (ط دار الكتاب العربي) تهذيب التهذيب ١٢ / ٤٤٠ - ٤٤١ .

(٤) صحيح البخاري ١ / ٦٥ - ١٣٢ .

(٥) هو أمير المؤمنين أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي ولد بعد عام الفيل بثلاث عشرة سنة وهو من المهاجرين الأولين ، شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وولي الخلافة بعد أبي بكر سنة ١٣ هـ ، وهو أول من دون الدواوين ، وأرخ بالتاريخ الهجري ولقب بأمر المؤمنين قتل في ذي الحجة سنة ٢٣ هـ على يد أبي لؤلؤة غلام المغيرة بن شعبة سنة ٦٣ سنة . رضي الله عنه وأرضاه . الاستيعاب ٣ / ١٤٤ - ١٥٩ رقم الترجمة ١٨٧٨ أسد الغابة ٤ / ٥٢ - ٧٨ .

فقال إنا لما أصبنا الودك لانت العروق فاغتسل وغسل الاحتلام من ثوبه وعاد لصلاته رواه مالك في الموطأ^(١) ، وإعادة عمر للصلاة في وقتها دليل على وجوب ذلك .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بذلك بأن يقال إن إعادة عمر رضى الله عنه للصلاة يحتمل أن تكون من أجل أنه صلى على غير طهارة ، بدليل ما وجدته في ثوبه من آثار الاحتلام ، كما يحتمل أن تكون إعادته للصلاة طلباً للكمال والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال^(٢) .

واستدل من قال من المالكية بأن إعادة الصلاة في الوقت مستحبة بقصة عمر السابقة ، وحملوا إعادة عمر رضى الله عنه للصلاة على الاستحباب ، واستدلوا لاستحباب الإعادة في الوقت لابعده بإجماع العلماء على أن من صلى وحده ووجد قوما يصلون جماعة بعد الوقت قد فاتتهم تلك الصلاة بنوم أو عذر أنه لا يصلى معهم ، وكلهم يأمره لو كان في الوقت أن يعيد الظهر والعشاء^(٣) .

وقد ناقش العلامة ابن حزم رأى الإمام مالك فقال : إن كانت الصلاة التي يأمره أن يأتي بها في الوقت تطوعاً عنده فأى معنى للتطوع في إصلاح مافسد من الفريضة ؟ فإن قال إن لذلك معنى قيل له فما الذي يفسد ذلك المعنى إذا خرج الوقت ؟ وما الوجه الذي رغبتموه من أجله أن يتطوع في الوقت ولم ترغبوه في التطوع بعد الوقت ؟ وإن كانت الصلاة التي يأمره أن يأتي بها في الوقت فرضاً ، فكيف يجوز أن يصلي ظهريين ليوم واحد في وقت واحد ؟ وما الذي أسقطها عنه إذا خرج الوقت ؟ وهو يرى أن الصلاة الفرض يؤديها التارك لها فرضاً ولا بد وإن خرج الوقت^(٤) . اهـ .

(١) المنتقى شرح موطأ مالك للباجي ١ / ١٠١ .

(٢) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٢٣٤ .

(٣) انظر الاستذكار لابن عبد البر ٢ / ٣٧ .

(٤) المحلى ١ / ١٩٣ ، ١٩٤ .

وقول ابن حزم إن الصلاة المعادة إذا كانت فرضاً لا تسقط إذا خرج الوقت قول مسلم ، وأما إذا كانت الصلاة المعادة تطوعاً ، فإن المستحب إعادتها في الوقت لا في غيره طلباً للكمال - خلافاً لابن حزم - لأنه قد قام الإجماع على إعادة الصلاة لمن صلى منفرداً ووجد جماعة يصلون في الوقت^(١) ، وفي الحديث عن بسر بن محجن^(٢) عن أبيه^(٣) « أنه كان في مجلس مع رسول الله ﷺ فأذن بالصلاة ، فقام رسول الله ﷺ فصلى ثم رجع ومحجن في مجلسه لم يصل معه ، فقال له رسول الله ﷺ : مامنعك أن تصلي مع الناس ؟ أأنت برجل مسلم ؟ فقال : بلى يا رسول الله ، ولكنني قد صليت في أهلي ، فقال له رسول الله ﷺ ، إذا جئت فصل مع الناس ، وإن كنت قد صليت » . رواه مالك^(٤) .

الرأي المختار :

والذي اختاره هو قول من قال إنه لا يعيد لأن الإنسان لا يكلف إلا بما علم قال تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾^(٥) وقال رسول الله ﷺ : « إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٦) .

المطلب الثالث : صلاة الفريضة حال كون المصلي ذا كرا فائنة :

اختلف العلماء في حكم صلاة الفريضة حال كون المصلي ذا كرا فائنة على ثلاثة أقوال :

(١) انظر الاستذكار لابن عبد البر ٣٧ / ٢ .

(٢) هو بسر بن محجن بن أبي محجن الدثلي كذا قال مالك وأما الثوري فقال بشر بالمعجمة ونقل الدارقطني أنه رجع عن ذلك روى عن أبيه وله صحبة . وهو صدوق . انظر تهذيب التهذيب ٤٣٨ / ١ ، وخلاصة تهذيب التهذيب للكمال ١٢٣ / ١ . والكاشف للذهبي ١٥٣ / ١ .

(٣) هو محجن بن أبي محجن الدثلي معدود في أهل المدينة وهو من بني كنانة يقال إنه كان في سرية زيد بن حارثة إلى حسمى في جمادى الأولى سنة ست من الهجرة . الإصابة ٣٤٧ / ٣ (ط دار الكتاب العربي) ، تهذيب التهذيب ٥٤ / ١٠ .

(٤) موطأ مالك مطبوع مع شرح الزرقاني ٢٧٣ / ١ .

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٦ .

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه ٦٥٩ / ١ وقد سبق تخريج هذا الحديث ص ١٦٧ .

القول الأول : أن الصلاة باطلة وهذا القول هو المذهب عند الحنابلة إلا أنهم استثنوا ما إذا خشي فوات وقت الحاضرة فإنهم أجازوا تقديمها وبه قال بعض المالكية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية . جاء في المقنع « ومن فاتته صلوات لزمه قضاؤها على الفور ^(١) مرتبا قلت أو كثرت فإن خشي فوات الحاضرة سقط وجوبه » ^(٢) يعني الترتيب قال في الإنصاف « وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب » ^(٣) .

وجاء في ميسر الجليل الكبير « وإن خالف فقدم الحاضرة على اليسير ^(٤) فقليل يعيد العامد والجاهل أبدا بناء على أن ترتيبها شرط » ^(٥) .

وجاء في تبين الحقائق « إذا صلى الفرض ذاكرا للفائتة فقال أبو يوسف يبطل وصف الفرضية وتنقلب نفلا وهو القياس ... وقال محمد كذلك لكن لا تبقى التحريمه عنده لأنها تنعقد للفرض ، وإذا بطل وصف الفرضية بطلت التحريمه » ^(٦) .

القول الثاني : إن صلاته موقوفة لا يحكم بصحتها ولا فسادها فإن صلى خمس صلوات بعد تلك الصلاة ، ودخل وقت السادسة ولم يقض الفائتة انقلب الكل جائزا وإن قضى الفائتة قبل أن يصلي خمس صلوات بطل وصف الفرضية وانقلب نفلا وبه قال أبو حنيفة ^(٧) ، فالترتيب عند الإمام أبي حنيفة بين الفوائت بعضها مع بعض ، وبين الفائتة

(١) جاء في الإنصاف للمرداوي ١/ ٤٤٣ « قوله لزمه قضاؤها على الفور » مقيد بما إذا لم يتضرر في بدنه أو في معيشة يحتاجها فإن تضرر بسبب ذلك سقطت الفورية . نص عليه .

(٢) ١/ ١١٢ ، ١١٣ وجاء في حاشية المقنع « قوله فإن خشي فوات الحاضرة إلخ » أي سقط وجوب الترتيب في الصحيح المشهور من المذهب لئلا يصل فائتين .

(٣) ١/ ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، وجاء في الإنصاف أيضا ١/ ٤٤٤ « وعنه لا يسقط (الترتيب) مطلقا اختارها الخلال وصاحبه وأنكر القاضي هذه الرواية ، وحكي عن أحمد ما يدل على رجوعه عنها وكذا قال أبو حفص قال إما أن يكون قولاً قديماً أو غلطاً ، وعنه يسقط إذا ضاق وقت الحاضرة عن قضاء كل الفوائت فيصل الحاضرة في أول الوقت اختارها أبو حفص العكبري ، وعنه يسقط بخشية فوات الجماعة ، وعنه يسقط الترتيب بكونها جمعة » .

وانظر المغني لابن قدامة ١/ ٦٠٧ ، ٦١٠ - ٦١١ ، والكافي لابن قدامة ١/ ٣٢١ .

(٤) اختلف في المراد باليسير عند المالكية فالأربع يسيرة اتفاقا والست كثيرة اتفاقا والخلاف في الخمس . انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٢٦٦ . والقوانين الفقهية ص ٨٠ .

(٥) ١/ ٢٠٩ وجاء في حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/ ٣٦٧ ، « ترتيب الفوائت في أنفسها واجب غير شرط وقيل إنه واجب شرطا » .

(٦) ١/ ١٩٠ .

(٧) في مذهب الحنابلة قول أنه يجب الترتيب في خمس صلوات فقط إلا أنهم لم يصرحوا بوقف الصلاة . انظر الإنصاف للمرداوي ١/ ٤٤٣ .

والوقتيّة لازم ، فلا يجوز أداء الوقتيّة قبل أداء الفائيّة ولا قضاء فائيّة الظهر قبل أداء فائيّة الصبح مثلاً ، وإنّما يجب إذا لم تبلغ الفوائت ستاً مع الفائيّة ، فلو كان عليه فوائت أقل من ست صلوات وأراد قضاءها يلزمه أن يقضيها مرتبة فيصلي الصبح قبل الظهر ، والظهر قبل العصر وهكذا ، وكذا لو كان عليه فوائت أقل من ست وأراد قضاءها مع الصلاة الوقتيّة فإنّه يلزمه أن يصلّيها مرتبة قبل أداء الوقتيّة ، إلا إذا ضاق الوقت جاء في البحر الرائق « فساد الصلاة بترك الترتيب موقوف عند أبي حنيفة فإن كثرت وصارت الفوائت مع الفائيّة ستاً ، ظهر صحتها وإلا فلا »^(١) .

القول الثالث : أن الصلاة صحيحة والترتيب مستحب ، وبه قال الشافعية وهو رواية في مذهب الحنابلة ، وهو المشهور من مذهب المالكية إلا أنهم (أي المالكية) يرون أن الترتيب في الفوائت اليسيرة مع الحاضرة واجب لكنه غير شرط فلو لم يرتب صح وأثم وقيل إنه مندوب .

جاء في المجموع شرح المذهب « إذا فاتته صلاة أو صلوات استحب أن يقدم الفائيّة على فريضة الوقت المؤداة وأن يرتب الفوائت فيقضي الأولى ثم الثانية ثم الثالثة ، وإن ترك الترتيب أو قدم المؤداة على المقضية ، أو قدم المتأخرة على الفوائت جاز وإن ذكر الفائيّة وقد ضاق وقت الحاضرة لزمه تقديم الحاضرة »^(٢) ، وجاء في « الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف » وعنه لا يجب الترتيب قال في المبهج^(٣) الترتيب

(١) ٩٦/٢ وجاء في مجمع الأنهر ١/ ١٢٠ « الوقتيّة المؤداة مع تذكر الفائيّة تفسد فساده موقوفاً إلى أن يصلّي إكمال خمس وقتيات فإن لم يعد شيئاً منها حتى دخل وقت السادسة صارت كلها صحيحة » .

(٢) ٦٧/٣ « بتصرف » وجاء في الأم للشافعي ١/ ٦٧ « من فاتته الصلاة فذكرها وقد دخل في صلاة غيرها مضى على صلاته التي هو فيها ولم تفسد عليه إماماً كان أو مأموماً فإذا فرغ من صلاته صلى الصلاة الفائيّة وكذا لو ذكرها ولم يدخل في صلاة فدخل فيها وهو ذاكر للفائيّة أجزأته الصلاة التي دخل فيها ، وصلى الصلاة المكتوبة الفائيّة له ، وكان الاختيار له إن شاء أتى بالصلاة الفائيّة له قبل الصلاة التي ذكرها قبل الدخول فيها إلا أن يخاف فوت التي هو في وقتها فيصلّيها ثم يصلّي التي فاتته » .

(٣) كتاب « المبهج » لأبي الفرج عبد الواحد بن محمد الشيرازي المعروف بالمقدسي من تلاميذ أبي يعلى توفي سنة ٤٨٦ هـ . طبقات الحنابلة ٢/ ٢٤٨ ، المنهج الأحمد ٢/ ١٦٠ .

مستحب ، واختاره في الفائق^(١) قال ابن رجب^(٢) في شرح البخاري وجزم به بعض الأصحاب^(٣) .

وجاء في الشرح الصغير للدردير « ويجب ترتيب يسير الفوائت مع حاضرة » قال الصاوي^(٤) . « أي وجوبا غير شرط هذا هو المشهور وقيل إنه مندوب »^(٥) .
الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون ببطلان الصلاة بما يلي :

الدليل الأول* : أنبأنا ابن لهيعة^(٦) عن يزيد بن أبي حبيب^(٧) ، عن محمد بن يزيد^(٨)

(١) كتاب « الفائق » لابن قاضي الجبل المتوفى سنة ٧٧١ هـ - انظر آخر ترجمة في الذيل على طبقات الحنابلة ٢ / ٤٥٣ ، والدرر الكامنة ١ / ١٢٩ .

(٢) ابن رجب : هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب زين الدين وجمال الدين أبو الفرج البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب - لقب جده - حافظ محدث مؤلف مشهور توفي سنة ٧٩٥ هـ . له مؤلفات كثيرة منها « شرح جامع الترمذي » وشرح قطعة من البخاري وسماه (فتح الباري في شرح البخاري) و « ذيل طبقات الحنابلة » و « القواعد الفقهية » و « كتاب أهل القبور » .

انظر الدرر الكامنة ٢ / ٤٢٨ ، وشذرات الذهب ٦ / ٣٣٩ .

(٣) ١ / ٤٤٣ .

(٤) الصاوي : أحمد بن محمد الصاوي المصري الخلوقي المالكي عالم مشارك ولد بمصر سنة ١١٧٥ هـ وتوفي سنة ١٢٤١ هـ . له مصنفات منها « بلغة السالك لأقرب المسالك » في فروع الفقه المالكي وحاشية على الشرح الصغير للدردير / انظر اليواقيت الثمينة ص ٦٤ ، ومعجم المطبوعات ٣٧٦ ومعجم المؤلفين ٢ / ١١١ .

(٥) حاشية الصاوي بهامش الشرح الصغير ١ / ٣٦٧ ، وانظر الفواكه الدواني ١ / ٢٣٠ ، والتاج والإكليل للمواق ٢ / ٩ ، وشرح الخرشني على خليل ١ / ٣٠١ ، والشرح الكبير للدردير ١ / ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، والفجر المنير على مجموع الأمير ١ / ١٨٦ .

• أوردنا هذا الدليل بإسناده نظرا للمناقشة الواردة على هذا الحديث من جهة سنده .

(٦) ابن لهيعة : هو عبد الله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي أبو عبد الرحمن المصري الفقيه القاضي ، وقد اختلفت أقوال المحدثين بشأنه إلا أنهم يجمعون على تضعيف حديثه بعد احتراق كتبه ، وجماع القول فيه ما قاله ابن حبان ، إنه كان صالحا ، لكنه يدلس عن الضعفاء ، ثم احترقت كتبه وكان أصحابنا يقولون من سمع منه قبل احتراق كتبه فسماعهم صحيح ومن سمع بعد احتراق كتبه فسماعه ليس بشيء ، توفي سنة ١٧٤ هـ وله من العمر ٧٨ سنة . =

عن عبد الله بن عوف^(١) ، عن أبي جمعة حبيب بن سباع^(٢) ، وكان من أصحاب رسول الله ﷺ : « أن رسول الله ﷺ عام الأحزاب صلى المغرب ونسي العصر ، فقال رسول الله ﷺ لأصحابه : هل رأيتموني صليت العصر ؟ قالوا : لا يا رسول الله ، فأمر رسول الله ﷺ المؤذن فأذن ثم أقام الصلاة فصلى العصر ، ثم نقض الأولى ثم صلى المغرب » . رواه أحمد^(٣) .

وإعادة رسول الله ﷺ صلاة المغرب دليل على بطلان صلاته الأولى ، وذلك يدل على وجوب الترتيب في حال النسيان ، ففي حال الذكر أولى .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش هذا الحديث بأن يقال : إنه ضعيف فلا يحتج به وسبب ضعفه أمران :

= انظر المجروحين لابن حبان ١٨ / ٢ - ١٩ والضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٦٥ ، والكاشف للذهبي ١٢٢ / ٢ ولسان الميزان لابن حجر ٤٧٥ / ٢ .

(٧) يزيد بن أبي حبيب : هو يزيد بن سويد الأزدي مولاهم أبو رجاء المصري روى عن عبد الله بن الحارث بن جزء وأبي الخير اليزني وعطاء وغيرهم ، وعنه محمد بن إسحاق وابن لهيعة والليث بن سعد ويحيى بن أيوب المصريون وغيرهم . وهو ثقة عند المحدثين . توفي سنة ١٢٨ هـ . انظر تهذيب التهذيب ١١ / ٣١٨ ، خلاصة تذهيب الكمال ١٦٧ / ٣ .

(٨) هو محمد بن يزيد بن أبي زياد الثقفي الفلسطيني ويقال الكوفي نزيل مصر مولى المغيرة بن شعبة روى عن أبيه ومحمد بن كعب القرظي ، وروى عنه يزيد بن أبي حبيب وإسماعيل بن رافع المدني ، قال أبو حاتم محمد بن يزيد مجهول ، وقال الذهبي ليس بحجة - الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٤ / ١٢٦ ، والكاشف للذهبي ٣ / ١٠٩ ، وتهذيب التهذيب ٩ / ٥٢٤ .

(١) هو عبد الله بن عوف القاري أبو القاسم رأى عثمان ومعاوية ، وكان عامل عمر بن عبد العزيز على ديوان فلسطين ، روى عن أبي جمعة وبشير بن عقربة ، وروى عنه الزهري ورجاء بن أبي سلمة وحجر بن الحارث الغساني قال ابن أبي حاتم سمعت أبي يقول ذلك . الجرح والتعديل للرازي ٥ / ١٢٤ ، التاريخ الكبير للبخاري ٥ / ١٥٦ .

(٢) هو أبو جمعة حبيب بن سباع الأنصاري ، ويقال القاري (بتشديد الياء) مشهور بكنيته ، أسلم يوم الحديبية ، روى عنه أنه قال : قاتلت النبي ﷺ أول النهار كافرا ، وقاتلت معه آخر النهار مسلما ، وكنا ثلاثة رجال وتسع نسوة وفينا نزلت : ﴿ وَلَوْ لَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ ﴾ الآية وذكره البخاري في الأوسط في فضل من مات بين السبعين إلى الثمانين أسد الغابة ٥ / ١٥٩ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٤ / ٣٣ ، تهذيب التهذيب ١٢ / ٦٠ .

(٣) مسند أحمد ٤ / ١٠٦ .

الأول : أن في إسناده ابن لهيعة وهو لا يحتج به إذا انفرد^(١) .

قال الهيثمي^(٢) : في إسناده ابن لهيعة وفيه ضعف^(٣) .

الثاني : أن في إسناده محمد بن يزيد قال ابن أبي حاتم^(٤) عن أبيه^(٥) هو مجهول^(٦) .
وقال الذهبي^(٧) : ليس بحجة^(٨) .

الدليل الثاني : عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل مع الإمام ، فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ، ثم ليعد الصلاة مع الإمام . رواه الدارقطني^(٩) والبيهقي^(١٠) .

(١) نصب الراية للزيلعي ١٦٤ / ٢ .

(٢) الهيثمي : هو علي بن أبي بكر سليمان بن أبي بكر بن عمر بن صالح نور الدين أبو الحسن الهيثمي القاهري الشافعي الحافظ يعرف بالهيثمي كان أبوه صاحب حانوت في الصحراء فولد له هذا في رجب سنة ٧٣٥ هـ فقرأ القرآن ثم صحب الزين العراقي ولم يفارقه حتى مات له مصنفات منها « مجمع الزوائد ومنبع الفوائد » . توفي سنة ٨٠٧ هـ . ذيل تذكرة الحفاظ ص ٣٧٢ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٥٤١ .

(٣) مجمع الزوائد ١ / ٣٢٤ .

(٤) ابن أبي حاتم : هو الإمام الحافظ الناقد شيخ الإسلام أبو محمد عبد الرحمن بن الحافظ الكبير محمد بن إدريس ابن المنذر التميمي الحنظلي الرازي ولد سنة ٢٤٠ هـ ورحل به أبوه فأدرك الأسانيد العالية قال الخليلي : أخذ علم أبيه وأبي زرعة وكان بحرا في العلوم ومعرفة الرجال له من المصنفات « الجرح والتعديل » و « التفسير » و « العلل » و « الرد على الجهمية » توفي سنة ٣٢٧ هـ . تذكرة الحفاظ للذهبي ٣ / ٨٢٩ رقم الترجمة ٨١٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ٣٤٥ رقم الترجمة ٧٨٤ .

(٥) أبوه : هو أبو حاتم محمد بن إدريس بن المنذر بن داود الحنظلي الرازي أحد الأئمة الحفاظ روى عن الإمام أحمد وأبي خيثمة وقتيبة وخلف ، وروى عنه أبو داود والنسائي وابن ماجة قال الخطيب كان أحد الأئمة الحفاظ والأثبات مشهورا بالعلم مذكورا بالفضل توفي في شعبان سنة ٢٧٧ هـ وله ٨٢ سنة . تاريخ بغداد ٣ / ٧٣ ، تذكرة الحفاظ للذهبي ٢ / ٥٦٧ رقم الترجمة ٥٩٢ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٥٥ رقم الترجمة ٥٧٦ .

(٦) الجرح والتعديل ٤ / ١٢٦ .

(٧) الذهبي : هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي تركماني الأصل ، حافظ مؤرخ محقق ، ولد سنة ٦٧٣ هـ ، بدمشق وبها توفي سنة ٧٤٨ هـ .

له مؤلفات كثيرة منها « تذكرة الحفاظ » و « سير أعلام النبلاء » و « الكاشف » و « دول الإسلام » - انظر الدرر الكامنة ٣ / ٣٣٦ - ٣٣٨ رقم الترجمة ٨٩٤ ، والنجوم الزاهرة ١٠ / ١٨٢ .

(٨) الكاشف ٣ / ١٠٩ .

(٩) سنن الدارقطني ١ / ٤٢١ .

(١٠) السنن الكبرى للبيهقي ٢ / ٢٢١ والبيهقي هو : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى البيهقي الفقيه الشافعي الحافظ ولد سنة ٣٨٤ هـ وتوفي سنة ٤٥٨ هـ وهو أول من جمع نصوص الشافعي .

له مؤلفات كثيرة منها : « السنن الكبرى » و « السنن الصغرى » و « مناقب الشافعي » و « المعرفة » . انظر وفيات الأعيان ١ / ٥٧ - ٥٨ رقم الترجمة ٢٧ وتذكرة الحفاظ ٣ / ١١٣٢ - ١١٣٥ رقم الترجمة ١٠١٤ .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحديث فيه دليل على وجوب الترتيب ، حيث أمر رسول الله ﷺ من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام أن يعيد صلاته ، ومن باب أولى لو ذكرها قبل الصلاة لا يجوز له أن يصلّيها قبلها ، فإن صلاها أعادها والأمر يفيد الوجوب .

المناقشة :

ونوقش هذا الحديث بأنه موقوف على ابن عمر وليس مرفوعا إلى النبي ﷺ ، قال الدارقطني « رفعه أبو إبراهيم الترمذي^(١) ، وهم في رفعه ، فإن كان قد رجع عن رفعه فقد وفق للصواب » . وقال البيهقي : « تفرد أبو إبراهيم الترمذي برواية هذا الحديث مرفوعا ، والصحيح أنه من قول ابن عمر موقوفا »^(٢) .

الدليل الثالث : عن أبي عبيدة^(٣) بن عبد الله عن أبيه (عبد الله بن مسعود) رضي الله عنه أن المشركين شغلوا النبي ﷺ يوم الخندق عن أربع صلوات حتى ذهب الليل ماشاء الله ، قال فأمر بلالا^(٤) فأذن ثم أقام فصلى الظهر ، ثم أقام فصلى العصر ، ثم أقام فصلى المغرب ، ثم أقام فصلى العشاء ، رواه أحمد والترمذي^(٥) .

(١) هو إسماعيل بن إبراهيم بن بسام البغدادي عن أبي عوانة وإسماعيل بن عياش وبقيّة ، وعنه محمد بن سعد والدارمي وعبد الله بن أحمد وأبو يعلى وأبو زرعة وغيرهم قال الذهبي صدوق . توفي سنة ٢٣٦ هـ .
انظر الكاشف للذهبي ١١٧ ، تهذيب التهذيب ١ / ٢٧١ ، خلاصة تهذيب الكمال ١ / ٨٢ .

(٢) السنن الكبرى ٢ / ٢٢١ وانظر نصب الراية للزيلعي ٢ / ١٦٤ .

(٣) أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود اسمه عامر ويقال اسمه كنيته روى عن أبيه ولم يسمع وروى عن أبي موسى الأشعري وكعب بن عجرة وعائشة وعنه إبراهيم النخعي وأبو إسحاق السبيعي ومجاهد وغيرهم قال الترمذي لا يعرف اسمه ولم يسمع من أبيه شيئا توفي سنة ٨٣ هـ .

انظر : الكاشف للذهبي ٢ / ٥٦ ، وتهذيب التهذيب ٥ / ٧٥ ، وصحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي ١ /

٢٩١ .

(٤) هو بلال بن رباح الحبشي المؤذن ، وهو بلال بن حمّامة وهي أمه اشتراه أبو بكر الصديق من المشركين لما كانوا يعذبونه على التوحيد فأعتقه فلزم النبي ﷺ ، وأذن له وشهد معه جميع المشاهد ، وأخى النبي ﷺ بينه وبين أبي عبيدة بن الجراح ، ثم خرج بلال بعد النبي ﷺ مجاهدا إلى أن مات بالشام في زمن عمر ، قيل إنه توفي في طاعون عموس / الإصابة ١ / ١٦٥ .

(٥) انظر الفتح الرباني بترتيب مسند أحمد ٢ / ٣٠٩ ، وصحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي ١ / ٢٩٠ .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن الرسول ﷺ قضى الصلوات مرتبات ، وقد قال ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي »^(١) فدل ذلك على وجوب الترتيب .

الناقشة :

ونوقش هذا الحديث بأنه منقطع قال الترمذي : حديث عبد الله ليس بإسناده بأس إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من عبد الله^(٢) ، كما أن الفعل بمجرد لا يدل على الوجوب ، ففعل الرسول ﷺ محمول على الأولى وهذا مما لا خلاف فيه .

الدليل الرابع : عن أنس عن النبي ﷺ أنه قال : « من نسي صلاة فليصلها ، إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك » ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾^(٣) قال موسى^(٤) قال همام^(٥) سمعته يقول بعد ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾ رواه البخاري^(٦) كما رواه مسلم من طريق أبي هريرة رضي الله عنه^(٧) .

الدليل الخامس : عن أبي قتادة^(٨) ، قال : « ذكروا للنبي ﷺ نومهم عن

(١) رواه البخاري في صحيحه ١٥٥ / ١ .

(٢) صحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي ٢٩٢ / ١ .

(٣) سورة طه آية ١٤ .

(٤) هو موسى بن إسماعيل المنقري مولاهم أبو سلمة البصري روى عن همام ابن يحيى وجريز بن حازم وحماد بن سلمة ، وعنه البخاري وأبو داود ، وغيرهم ، وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ٢٢٣ ، الكاشف للذهبي ١٨٠ / ٣ ، تهذيب التهذيب ٣٣٣ / ١٠ وفتح الباري ٧٠ / ٢ .

(٥) هو همام بن يحيى بن دينار العوزي مولاهم أبو عبد الله ويقال أبو بكر البصري روى عن الحسن وقتادة وعطاء وعنه ابن مهدي وهذبة وشيبان وموسى بن إسماعيل وغيرهم . وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ١٦٣ الكاشف للذهبي ٢٢٧ / ٣ ، وتهذيب التهذيب ١١ / ٦٧ - ٧٠ وفتح الباري ٧١ / ٢ .

(٦) صحيح البخاري ١٦١ / ١ .

(٧) صحيح مسلم ٤٧١ / ١ .

(٨) هو أبو قتادة بن ربعي الأنصاري المشهور أن اسمه الحارث شهد أحدًا ومابعدها وكان يقال له فارس رسول الله ﷺ توفي بالمدينة سنة ٥٤ هـ وله ٧٢ سنة وقيل ٧٠ سنة . أسد الغابة ٥ / ٢٧٤ ، الإصابة ٤ / ١٥٨ ، تهذيب التهذيب ٢٠٤ / ١٢ .

الصلاة ، فقال : « إنه ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط في اليقظة فإذا نسي أحدكم صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها » رواه الترمذي^(١) وابن ماجه^(٢) .

توجيه الاستدلال من الدليلين :

إن الرسول ﷺ أخبر أن المصلي إذا نسي صلاة يصلها إذا ذكرها ، ومعناه أن وقتها حين يذكرها لا وقت لها غيره ، فلو صلى غيرها في وقتها وهو ذاكر لها بطلت صلاته فلزمه تقديمها .

المناقشة :

لانسلم أن معنى قوله : « فليصلها إذا ذكرها » أن وقت ذكره إياها وقتها لا وقت لها غيره ؛ لأنه ﷺ لا يؤخر الصلاة عن وقتها وإنما معناه أن يصلها إذا ذكرها ، لا أن ذهاب وقتها يذهب بفرضها . قال الشافعي رحمه الله « لما ذكر ﷺ وهو في الوادي صلاة الصبح فلم يصلها حتى قطع الوادي ، علمنا أن قول النبي ﷺ : « فليصلها إذا ذكرها » . أي وإن ذهب وقتها لم يذهب فرضها ، فإن قيل : فإن النبي ﷺ إنما خرج من الوادي لأنه واد فيه شيطان ، قيل لو كانت الصلاة لا تصل في واد فيه شيطان لما صلى النبي ﷺ وهو يخنق الشيطان ، خنقه في أكثر من صلاة في واد فيه شيطان »^(٣) .

أدلة القول الثاني :

استدل الإمام أبو حنيفة بما استدل به القائلون بالبطلان من الأحاديث على وجوب الترتيب ، وقال إن الفوائت إذا كانت أكثر من خمس صلوات فالترتيب يسقط ؛ لأن ذلك يوقع في الحرج والمشقة ويفضي إلى الدخول في التكرار فسقط كالترتيب في قضاء رمضان^(٤) فتصح الصلاة .

(١) سنن الترمذي ٢٢٠ / ١ وقال الترمذي حديث حسن صحيح .
(٢) سنن ابن ماجه ٢٢٨ / ١ وابن ماجه : هو أبو عبد الله محمد بن يزيد الربيعي القزويني المعروف بابن ماجه حافظ ثقة كان إماما في الحديث عارفا بعلومه ولد سنة ٢٠٩ هـ وتوفي سنة ٢٧٣ هـ . له « كتاب » السنن « المشهور بسنن ابن ماجه » و « تفسير القرآن » وكتاب في « تاريخ قزوين » - انظر تذكرة الحفاظ ٢ / ٦٣٦ رقم الترجمة ٦٥٩ ، وتهذيب التهذيب ٩ / ٥٣٠ - ٥٣٢ .

(٣) الأم ١ / ٦٨ .

(٤) انظر فتح القدير ١ / ٣٤٦ ، والبحر الرائق ٢ / ٩٦ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١ / ٧١ .

المناقشة :

أما الاستدلال بالأحاديث السابقة على أن الترتيب واجب فقد سبق الجواب عنها ، وبيان أنها لا تصلح دليلا للإيجاب ، واستدلال أبي حنيفة مبني على هذا الأساس فضعف بضعفه ، كما أن إسقاط الترتيب إذا زادت الفوائت عن خمس صلوات أمر ليس عليه دليل ، والمشقة تتفاوت بين الناس وربما تحصل بأربع أو خمس فهذا التقييد محل نظر .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بصحة الصلاة بما يلي :

الدليل الأول : عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » . رواه أحمد وأبو داود ، والترمذي والنسائي وابن ماجه^(١) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحديث قد خص المكتوبة بالأولية ، ولم يفصل بين أن تكون عليه فائتة أولا ، وفي ذلك دلالة على عدم وجوب الترتيب .

الدليل الثاني : أن كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ؛ لأن الشرط تبع وبين الأصالة والتبعية منافاة^(٢) .

مناقشة الدليل : نوقش هذا الدليل بأن كون الشيء أصلا بنفسه لا يمنع من أن يكون شرطا لغيره ، فالإيمان أصل الفروض ، وهو شرط لسائر العبادات ، وكذلك الصوم فرض مستقل ، وهو شرط للاعتكاف الواجب بالاتفاق .

وأجيب : بأن الأصل أن الشيء إذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكر من المنافاة إلا إذا دل الدليل على كونه شرطا لغيره ، فيجعل شرطا له مع بقائه مقصودا ، وما ذكرتم من ذلك فإن الله تعالى قال : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾^(٣)

(١) مسند أحمد ٥٣١/٢ وسنن أبي داود ٥٠/٢ رقم الحديث ١٢٦٦ (تحقيق الدعاس) ، وسنن الترمذي ١٤٦/٢

رقم الحديث ٤٢١ (تحقيق الدعاس) ، وسنن النسائي ١١٦/٢ ، وسنن ابن ماجه ٣٦٤/١ رقم الحديث ١١٥١ .

(٢) انظر العناية للباقرتي ٣٤٦/١ .

(٣) سورة الأنبياء آية ٩٤ .

فإن الأحوال شروط ، وقال ﷺ : « لا اعتكاف إلا بصوم »^(١) ، فكانا شرطين بهذين النصين ، وتدفع المناقاة باختلاف الجهة^(٢) .

فإن قيل قد دل الدليل على محل النزاع ومن ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما من نام عن صلاة أو نسيها فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل التي هو فيها ، ثم ليصل التي ذكرها ، ثم ليعد التي صلى مع الإمام^(٣) .

قلنا هذا الحديث سبق الكلام عليه والصحيح أنه موقوف وليس مرفوعا فلا يحتج به .

الدليل الثالث : أن من صلى الفائتة والحاضرة بغير ترتيب قد فعل الصلاة التي أمر بها ، فلا يلزمه وصف زائد بغير دليل ظاهر^(٤) .

الترجيح : والذي يترجح بعد سياق الأدلة ومناقشتها هو القول الثالث لقوة أدلته ، ولأن ما استدل به القائلون بوجوب الترتيب ليس بقوي ، بحيث يحكم بموجبه بطلان من قدم الصلاة ؛ لأن الصلوات ديون عليه لا يجب ترتيبها إلا بدليل ظاهر .

المطلب الرابع : ركوع المقتدي قبل إمامه

اختلف العلماء في حكم ركوع المقتدي قبل إمامه على قولين :

القول الأول : أن المقتدي إذا ركع قبل إمامه ثم شاركه الإمام في ركوعه لا يجوز وبه قال زفر ، وهو قول عند المالكية وقول عند الحنابلة .

جاء في تبين الحقائق « ولو ركع مقتد قبل الإمام فأدرك إمامه فيه صح ، وقال زفر لا تجوز صلاته إذا لم يعد الركوع »^(٥) . وجاء في الفواكه الدواني « الحاصل أن المطلوب من المأموم أن يتأخر عن الإمام في كل أركان الصلاة ويحرم سبقه في جميعها ، وكذا مصاحبته في الإحرام والسلام لبطلان الصلاة بهما »^(٦) . وجاء في القواعد لابن رجب « قيل إن المنصوص عن أحمد أن السبق للركن عمدا يبطل الصلاة »^(٧) .

(١) رواه البيهقي في سننه ٣١٧/٤ .

(٢) انظر العناية للبايرتي ٣٤٦/١ .

(٣) سبق تخريجه في ص ٢٤٤ من هذا البحث .

(٤) المجموع شرح المذهب ٦٨/٣ .

(٥) ١٨٥/١ .

(٦) ٢١٦/١ وانظر مواهب الجليل للحطاب ١٢٧/٢ .

(٧) ص ١٠٨ .

القول الثاني : أن ركوعه موقوف على مشاركة إمامه فإن شاركه جاز وإلا فلا ، وبه قال الحنفية - عدا زفر - والشافعية ، وهو قول عند المالكية ، وبه قال بعض الحنابلة .

جاء في تأسيس النظر « إذا ركع المقتدي قبل إمامه يوقف ركوعه على مشاركة إمامه فإن شاركه الإمام في ركوعه جاز عند علمائنا ، وعند زفر لا يجوز ركوعه ، ولا يتوقف على ظهور المشاركة للإمام »^(١) . وجاء في المذهب « وإن سبق المأموم الإمام بركعة بأن ركع قبله أو سجد قبله لم يجز ذلك ... ويلزمه أن يعود إلى متابعتة لأن ذلك فرض ، فإن لم يفعل حتى لحقه فيه لم تبطل صلاته لأن ذلك مفارقة قليلة »^(٢) وجاء في مواهب الجليل « قال البرزلي^(٣) إذا سبق المأموم الإمام بفعل الركن وعقده قبله لا خلاف في عدم الإجزاء ، وإن كان يلحقه الإمام قبل كماله فقولان ، المشهور الصحة »^(٤) .

وجاء في القواعد لابن رجب « إذا تعمد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود وقلنا لا تبطل صلاته بمجرد تعمد السبق ... فيقال لما لحقه الإمام في هذا الركن واجتمع معه فيه اكتفى بذلك في المتابعة »^(٥) .

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل القائلون بأن المقتدي إذا ركع قبل إمامه ثم شاركه الإمام في ركوعه لا يجوز بقوله ﷺ : « إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه » رواه البخاري^(٦) .

(١) ص ٥٥ .

(٢) الشيرازي ١ / ١٠٣ .

(٣) البرزلي : هو أحمد بن محمد بن المعتل البلوي القيرواني المالكي نزيل تونس الشهير بالبرزلي فقيه مشارك في أنواع العلوم من تصانيفه « الديوان الكبير في الفقه والفتاوي » توفي سنة ٨٤٤ هـ .

انظر البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان ص ١٥٠ .

(٤) ١٧٧ / ٢ وقال البرزلي أيضا (من ظن أن إمامه ركع فركع ثم ركع إمامه فمن أعاد ركوعه مع الإمام أو بقي راکعاً حتى لحقه الإمام فصلاته صحيحة وإن رفع رأسه قبل ركوعه ولم يعد فلا بد من إعادة الصلاة .

انظر مواهب الجليل ١٧٧ / ٢ .

(٥) ص ١٠٨ .

(٦) صحيح البخاري ١ / ١٦٩ .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن في الحديث دلالة على أن المأموم يقتدي بالإمام في أفعال الصلاة ولا يخالفه ، فإذا ركع الإمام ركع المأموم بعده وإذا سجد سجد بعده وهكذا ، وذلك يفيد أن المأموم يأتي بأفعال الصلاة مرتبة بعد الإمام ، وبناء عليه فإن المأموم إذا ركع قبل إمامه أخل بهذا الترتيب الواجب ، وإذن لا يعتد بركوعه لأنه أخل بهذا الترتيب ، فإذا شاركه الإمام لاتصح المشاركة لأن أصل ركوعه فاسد ، والبناء على الفاسد فاسد .

ونوقش بأن المفارقة قليلة فلا تضر ، والمقصود المشاركة في جزء من الركن ، وقد حصلت لأنه ينطبق عليه اسم الركوع فيقع موقعه فيعد مبتدئا لابانيا عليه ، وأما الذي يرفع رأسه قبل أن يركع الإمام لم تحصل له المشاركة ففرق بين الحالتين^(١) .

دليل القول الثاني : واستدل القائلون بأن صحة ركوعه موقوفة على مشاركة إمامه بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعا : من أدرك ركعة فقد أدرك الصلاة رواه أبو داود وفي لفظ من أدرك الركوع أدرك الركعة^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال إن الحديث يفيد أنه إذا حصلت مشاركة المأموم للإمام فالركعة صحيحة ومجزئة له ، وبناء عليه فإذا شارك المأموم الإمام في الركعة صحت .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو أن مشاركة الإمام للمأموم تصح تلك الركعة ، لأن المفارقة تعتبر قليلة ، والشرط هو المشاركة ، وإن كانت المسابقة حراما لكنها لا تبطل تلك الركعة .

(١) انظر المجموع شرح المذهب ١/ ١٠٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٢٨٥ .

(٢) رواه أبو داود في سننه ١/ ٥٥٣ رقم الحديث ٨٩٣ (تحقيق الدعاس) ، والدارقطني في سننه ١/ ٣٤٧ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٢/ ٨٩ ، والحاكم في المستدرک ١/ ٢١٦ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ . وقال صحيح الإسناد .

المطلب الخامس : قيام المصلي في الصلاة الرباعية إلى خامسة عمدا

اختلف العلماء في حكم قيام المصلي الرباعية إلى خامسة عمدا على قولين :

القول الأول : إن صلاته موقوفة على ماسيفعله فيما بعد ، فإن سجد فقد خرج من الفريضة وفسدت صلاته ، وإن عاد إلى الجلوس قبل السجود جازت صلاته وذلك عند الحنفية ، عدا زفر .

جاء في تأسيس النظر « مصلي الظهر إذا ترك القعدة في الرابعة وقام في الخامسة توقف خروجه من الفريضة على السجود ، إن سجد فقد خرج من الفريضة وإن عاد إلى الجلوس جازت صلاته عند علمائنا الثلاثة ، وعند زفر لا يتوقف خروجه وتفسد صلاته بنفس القيام المستقيم^(١) .

القول الثاني : إن الصلاة باطلة وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية .

جاء في القوانين الفقهية « زيادة الفعل إن كان كثيرا بطلت الصلاة مطلقا ، ولو وجب قتل حية أو عقرب ، وإن كان يسيرا فمغتفر ، كابتلاع شيء بين أسنانه وتحريك الأصابع كحكة ، وما فوق اليسير إن كان من جنس فعل الصلاة أبطل عمده وسجد لسهوه^(٢) » وجاء في التنبيه « وإن زاد في صلاته ركوعا أو سجودا أو قياما أو قعودا عامدا بطلت صلاته^(٣) . وجاء في المغني « الزيادة من جنس الصلاة ، مثل أن يقوم في موضع جلوس أو يجلس في موضع قيام ، أو يزيد ركعة أو ركنا تبطل الصلاة بعمده ويسجد لسهوه^(٤) » .

(١) تأسيس النظر للدبوسي ص ٩ وجاء في البحر ١١٢ / ٢ « إن قام إلى خامسة عمدا لا تفسد ما لم يقيد الخامسة بالسجدة عندنا » .

(٢) ص ٨٠ وانظر الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٣٤٣ / ١ .

(٣) ص ١٩ وانظر المذهب ٩٥ / ١ ومغني المحتاج ١٩٨ / ١ .

(٤) ٣٠ / ٢ والكافي لابن قدامة ٢١١ / ١ .

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل الحنفية لما ذهبوا إليه من أن المصلي إذا قام إلى خامسة عمداً لا تفسد صلاته ما لم يقيد الخامسة بالسجدة بأن المفسد هو خلط النفل بالفرض ، قبل إكماله والركعة بلا قراءة في النفل غير صحيحة ، فلم يوجد الخلط فكان زيادة مادون الركعة وهو ليس بمفسد ، وأما إذا قيدها بالسجدة أصبحت ركعة كاملة ففسدت ^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش رأي الحنفية بأن يقال : لا نسلم بأن المفسد هو خلط النفل بالفرض فقط ، وأن زيادة مادون الركعة ليس بمفسد لعدم وجود الدليل عليه ، بل مجرد مخالفة أمر الشارع بالزيادة عمداً من جنس أفعال الصلاة - سواء كان ركعة أو غيرها - يبطل الصلاة لأنها زيادة لم تشرع فهي من قبيل العبث المحرم .

دليل القول الثاني : واستدل القائلون بالبطلان بأن الذي يزيد فعلاً من جنس الصلاة عامداً يعتبر متلاعباً بصلاته ، ومستخفاً بها فتبطل صلاته ^(٢) .

الرأي المختار :

والذي أختره هو القول ببطلان الصلاة لأن هذه الزيادة خلاف ما أمر به الشرع ، وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » رواه البخاري ومسلم ^(٣) .

المطلب السادس : صلاة الحاج صلاة المغرب قبل وصوله إلى المزدلفة
اختلف العلماء في حكم صلاة الحاج صلاة المغرب قبل وصوله إلى المزدلفة على

قولين :

(١) انظر البحر الرائق ١١٢ / ٢ .

(٢) المهذب للشيرازي ٩٥ / ١ .

(٣) صحيح البخاري ٦٠ / ٣ ، وصحيح مسلم ١٣٤٤ / ٣ .

القول الأول : إن صلاته موقوفة ، فإن وصل إلى المزدلفة في وقت العشاء تنقلب نفلا ويلزمه إعادتها مع العشاء في المزدلفة ، وإن لم يصل إلى المزدلفة إلا بعد الفجر فضلاته صحيحة ، وبه قال الحنفية إلا أبو يوسف فقد قال بجوازها .

جاء في تبين الحقائق « لو صلى المغرب في طريق المزدلفة يتوقف »^(١) قال الشيخ أحمد الشلبي^(٢) « فإن أفاض إلى المزدلفة في وقت العشاء تنقلب نفلا ويلزمه إعادتها مع العشاء في المزدلفة ، وإن لم يأت المزدلفة وتوجه إلى مكة من طريق أخرى إلى المزدلفة بعد ما أصبح جاز المغرب »^(٣) .

القول الثاني : إن الصلاة صحيحة وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية . جاء في الشرح الكبير للدردير « وإن عجز من وقف مع الإمام عن لحاق الناس في سيرهم إلى مزدلفة فبعد الشفق يجمع في أي محل كان ولو في غير مزدلفة ، وهذا إن وقف مع الإمام وتأخر عنه ، وإن لم يقف معه فكل من الفرضين يصلي لوقته من غير جمع وإذا نزل أعاد المغرب ندبا ، والعشاء وجوبا لبطلانها »^(٤) .

وجاء في المجموع شرح المذهب « قال الشافعي : لو ترك الجمع بينهما وصلى كل واحدة في وقتها أو جمع بينهما في وقت المغرب ... أو صلاهما في عرفات أو في الطريق قبل المزدلفة جاز وفاته الفضيلة »^(٥) .

(١) ١٩١ / ١ .

(٢) هو الشيخ أحمد بن محمد بن يونس أبو العباس الشهير بالشلبي فقيه حنفي مصري ، كان له بعلم الحديث اعتناء كبير . من مؤلفاته « تحاف الرواة بمسلسل القضاة » و « الفتاوى » و « حاشية على شرح الكنز » . توفي سنة ١٠٢١ هـ . خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر ١ / ٢٨٢ - ٢٨٣ . الأعلام ١ / ٢٢٥ . معجم المؤلفين ٢ / ٧٨ ، ٧٩ .

(٣) حاشية الشلبي على تبين الحقائق ١ / ١٩١ وجاء في مجمع الأنهر ١ / ٢٨٨ « ومن صلى المغرب في الطريق أو بعرفات فعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر عند الطرفين ، فإذا طلع لا تجب الإعادة خلافا لأبي يوسف فإن عنده لا تجب الإعادة أصلا لكنه مسيء » .

وانظر البحر الرائق ٢ / ٩٦ وفتح القدير لابن الهمام ٢ / ١٧٠ - ١٧١ والعناية للبايزي ٢ / ١٧٠ .

(٤) ٤٠ / ٢ « بتصرف » .

(٥) ١٢٧ / ٨ وانظر نهاية المحتاج ٣ / ٢٨٩ وشرح روض الطالب لذكرى الأنصاري ١ / ٤٨٧ ومغني المحتاج ١ / ٤٨٩ .

وجاء في المغني « إن صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة ولم يجمع ، خالف السنة وصحت صلاته »^(١) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل أصحاب القول الأول بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ فَادْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ ﴾^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إنه لا يمكن حمل الذكر في الآية على الذكر العام وهو الدعاء والتسبيح والتهليل بمزدلفة ، لأنه ليس بواجب فلزم حمله على فعل صلاة المغرب ، وإذا كانت صلاة المغرب واجبة بمزدلفة جمعا مع العشاء فإن المصلي قبل المزدلفة عليه أن يعيد الصلاة إلا إذا طلع الفجر لأنه لم يأت بالواجب عليه .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : لا نسلم أن المراد بالذكر هو الصلاة بل المراد عموم الذكر بالتسبيح والتحميد والتهليل وغير ذلك ، بدليل أن الذكر العام لله سبحانه وتعالى في ذلك اليوم ، والأمر هنا يحمل على الندب كما قال تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا نَبَّأْتُمُ ﴾^(٣) فإن المراد به الندب ، وليس كل من اشترى أو باع واجب عليه أن يشهد وإلا لوقع الناس في حرج عظيم .

الدليل الثاني :

عن أسامة بن زيد^(٤) رضي الله عنهما أنه قال : ردت رسول الله ﷺ من عرفات

(١) ٤٢٠ / ٣ ، وانظر الكافي لابن قدامة ٦٠٠ / ١ ، والمقنع ٤٥٢ / ١ ، والمبدع في شرح المقنع ٣ / ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، وكشاف القناع ٤٩٦ / ٢ .

(٢) سورة البقرة آية ١٩٨ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

(٤) هو أسامة بن زيد بن حارثة الكلبي مولى رسول الله ﷺ من أبويه ، يسمى حب رسول الله ، استعمله النبي ﷺ وهو ابن ثمان عشرة سنة أميرا على جيش عظيم ، ومات النبي ﷺ قبل أن يتوجه فأنفذه أبو بكر ، واعتزل أسامة الفتنة بعد قتل عثمان إلى أن مات سنة ٥٤ هـ - أسد الغابة ١ / ٦٤ ، الإصابة ١ / ٣١ .

فلما بلغ رسول الله ﷺ الشعب الأيسر الذي دون المزدلفة أناخ فبال ، ثم جاء فصبيت عليه الوضوء فتوضأ وضوءا خفيفا ، فقلت : الصلاة يارسول الله قال : « الصلاة أمامك » رواه البخاري^(١) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن قوله ﷺ : « الصلاة أمامك » معناه وقت الصلاة ، وهذا فيه إشارة إلى أن التأخير واجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة ، فكان عليه الإعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما ، وإذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الإعادة وصحت الصلاة بعد خروج وقتها .

المنافسة :

ونوقش ذلك بأن قول الرسول ﷺ : « الصلاة أمامك » لا يدل على الوجوب بل يدل على الأولى والأفضل ، وهذا لا خلاف فيه ، بل أجمع عليه العلماء^(٢) .

الدليل الثالث : عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « جمع النبي ﷺ بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما بإقامة ، ولم يسبح بينهما ولا على إثر كل واحدة منهما » . رواه البخاري^(٣) .

الدليل الرابع : عن أبي أيوب الأنصاري^(٤) رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ جمع في حجة الوداع المغرب والعشاء بالمزدلفة » رواه البخاري^(٥) .

(١) صحيح البخاري ١٧٦ / ٢ .

(٢) انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤٢١ / ٢ .

(٣) صحيح البخاري ١٧٧ / ٢ .

(٤) أبو أيوب الأنصاري : هو خالد بن يزيد بن كليب الأنصاري الخزرجي معروف باسمه وكنيته ، شهد جميع المشاهد مع رسول الله ﷺ ونزل عليه النبي ﷺ لما قدم المدينة فأقام عنده حتى بنى بيوته ومسجده ، وأخي بينه وبين مصعب بن عمير ، وشهد مع علي قتال الخوارج ، ولزم أبو أيوب الجهاد إلى أن توفي في غزاة القسطنطينية سنة ٥٠ هـ وقيل سنة ٥١ هـ وقيل سنة ٥٣ هـ - أسد الغابة ١٤٣ / ٥ ، الإصابة ٤٠٥ / ١ .

(٥) صحيح البخاري ١٧٧ / ٢ .

توجيه الاستدلال من الحديثين :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الرسول ﷺ جمع في حجه بمزدلفة ولم ينقل عنه أنه صلى المغرب في طريقه إليها ، فدل ذلك على وجوب أداء الصلاة في مزدلفة ، وبناء عليه فإن من صلى قبل أن يصل إلى المزدلفة لم يفعل ماوجب عليه ، فكان عليه إعادته ما لم يطلع الفجر .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال إن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب وفعله ﷺ محمول على الأولى والأكمل .

الدليل الخامس : عن عبد الرحمن بن يزيد^(١) قال حج عبد الله^(٢) رضي الله عنه فأتينا المزدلفة حين الأذان بالعتمة أو قريبا من ذلك ، فأمر رجلا فأذن وأقام ثم صلى المغرب ... وفي الحديث قال عبد الله : « صلاتان تحولان عن وقتها صلاة المغرب بعد ما يأتي الناس المزدلفة والفجر حين ييزغ الفجر ، قال : رأيت رسول الله ﷺ يفعله » رواه البخاري^(٣) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن عبد الله ذكر أن صلاة المغرب قد حولت عن وقتها فدل على عدم جوازها إذا فعلت في وقتها .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن ما ذكره عبد الله رضي الله عنه إنما يدل على ما فعله رسول الله ﷺ ، والرسول ﷺ - كما ذكرنا - فعل الأولى والأكمل .

(١) هو عبد الرحمن بن يزيد بن قيس النخعي أبو بكر الكوفي تابعي ثقة توفي سنة ٨٣هـ - الكاشف للذهبي ٢/

١٩١ ، تهذيب التهذيب ٦/ ٢٩٩ .

(٢) هو عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٣) صحيح البخاري ٢/ ١٧٧ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن صلاة المغرب قبل مزدلفة صحيحة بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾^(١) .

وجه الاستدلال :

إن الله أخبر أن لكل صلاة من الصلوات وقتًا معينًا تؤدي فيه ، ولا يمكن أن تحول عنه إلا بدليل ، والآية دليل قطعي فلا يمكن أن يعارض بها الظني^(٢) .

المناقشة :

وأجيب بأن الآية ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الأوقات ، وإنما دلالتها على أن للصلاة أوقاتا ، وتعيينها ثبت إما بخبر جبريل عليه السلام أو بغيره من الآحاد ، أو فعله عليه الصلاة والسلام ، ومثل ذلك يفيد القطع فجاز أن يعارضه خبر الواحد ، ثم يعمل بفعله عليه الصلاة والسلام وهو أنه جمع بينهما بالمزدلفة^(٣) .

الدليل الثاني : من المعقول وهو أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز التفريق بينهما كالظهر والعصر بعرفة^(٤) .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول بصحة الصلاة ، وأما القول بوجوب الإعادة بالمزدلفة ففيه نظر ، ذلك أن صلاة المغرب التي صلاها الحاج في طريقه إلى المزدلفة إما أن تكون صحيحة أو لا تكون ، فإن كانت صحيحة فلا تلزم إعادتها إذا وصل إلى المزدلفة إلا من باب الندب ، وإن كانت غير صحيحة فتلزم إعادتها حتى لو خرج الوقت أما القول بوقفها على ما سيتبين بعد فهذا رأى لا تدل عليه الأحاديث السابقة ، وفعل الرسول ﷺ محمول على الأولى والأكمل فأصبح رأيا مجردا عن الدليل .

(١) سورة النساء آية ١٠٣ .

(٢) انظر العناية للباقرى ١٧١ / ٢ .

(٣) انظر المرجع السابق .

(٤) المغني لابن قدامة ٤٢٠ / ٣ .

المبحث الثاني : في الصيام

المطلب الأول : صيام وصلاة المرأة إذا انقطع دم حيضها قبل كمال العادة

الحائض إذا انقطع دم حيضها قبل تمام عاداتها فاغتسلت وصامت وصلت فإن حكم صيامها وصلاتها يختلف فيه بين العلماء ، وسنوضح آراء العلماء في ذلك في كل مذهب .
أما الحنفية فيرون أن مافعلته موقوف على ماسيجدث لها فيما بعد ، فإن عاد الدم في زمن الحيض تبين أنه حيض فصيامها وصلاتها فاسدان ، ويترتب على هذا الفساد أنه يجب عليها قضاء الصوم فيما بعد ، أما الصلاة فلا تقضى^(١) وإن لم يعد تبين أن مافعلته كان صحيحا جاء في تبين الحقائق « لو انقطع دمها قبل العادة فاغتسلت وصلت يتوقف فإن لم يعد صح ، وإن عاد تبين أنه ليس بصلاة ولا صوم »^(٢) .

وأما المالكية والشافعية فإنهم يعتبرون عود الدم إليها في مدة الحيض حيضا قال ابن رشد « لا اختلاف في المذهب أن ماتراه الحائض من الدم في وقت يصح فيه الحيض منها يكون حيضا »^(٣) وجاء في نهاية المحتاج « إذا رأت المرأة من الدم لسن الحيض أقله فأكثر ولم يعبر أي يجاوز أكثره فكله حيض أي سواء كانت مبتدأة أم معتادة وقع الدم على صفة واحدة ، أم انقسم إلى قوي وضعيف وافق ذلك عاداتها أم خالفها »^(٤) . وأما الحنابلة فإنهم يفصلون في ذلك ، ويرون أن الدم إذا عاد إليها في عاداتها لا يخلو من حالتين : إما أن يجاوز العادة أولا ، فإن لم يتجاوز العادة فلهم في ذلك روايتان : إحداهما : أنه حيض ، والرواية الثانية : أنه ليس بحيض .

(١) الحائض يسقط عنها فرض الصلاة بإجماع أهل العلم قال ابن المنذر : « وأجمعوا على إسقاط فرض الصلاة عن الحائض ، وأجمعوا على أن قضاء ما تركت من الصلاة في أيام حيضها غير واجب عليها » الإجماع لابن المنذر ص ٣٧ .
(٢) ١ / ١٩١ وجاء في البحر الرائق ٢ / ٨٦ « تتوقف صحة الصلاة التي صلتها صاحبة العادة فيما إذا انقطع دمها دون العادة فاغتسلت وصلت على عدم العود فإن عاد ففاسدة وإلا فصحيحة » .

(٣) مقدمات ابن رشد ١ / ٥٣ .

(٤) ١ / ٣٢٠ ، ٣٢١ وانظر مغني المحتاج ١ / ١١٣ ، وفتح العلام للجرداني ١ / ٣٤٢ .

وأما إذا رأت الدم في العادة وتجاوزها فلا يخلو من حالتين : إما أن يعبر أكثر الحيض أولا ، فإن عبر أكثر الحيض فليس بحيض ، وإن لم يعبر أكثر الحيض بأن انقطع خمسة عشر يوما فما دون فالذين قالوا فيما سبق في الرواية الثانية : إن الدم إذا عاد إليها في العادة ولم يتجاوزها ليس بحيض فهنا من باب أولى لا يكون حيضا عندهم ، وأما الذين قالوا في الرواية الأولى إنه حيض اختلفوا في هذا على ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن جميعه حيض .

الوجه الثاني : أن ماوافق العادة حيض لموافقته العادة ، ومازاد عليها ليس بحيض لخروجه عنها .

الوجه الثالث : أن الجميع ليس بحيض لاختلاطه بما ليس بحيض ، فإن تكرر فهو حيض على الروایتين جميعا^(١) .

وخلاصة ما سبق : أن الدم إذا عاد إلى المرأة في العادة ولم يعبر أكثر الحيض فإن الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة يرون أنه حيض ، وإذا لم يعد فإنه لا يعتبر حيضا إلا أن الحنفية يصرحون بالوقف في هذا المسألة . بخلاف المالكية والشافعية وبعض الحنابلة فإنهم لا يصرحون بالوقف وإن اتفقوا مع الحنفية في ذلك . والقول الثاني في هذه المسألة لبعض علماء الحنابلة وهو أن ماوافق العادة حيض ومازاد عليها ليس بحيض ، فعلى هذا القول إذا كانت عاداتها - مثلا - سبعة أيام من كل شهر ، وانقطع الحيض لأربع ثم صلت وصامت ثم عاد بعد خمسة أيام من انقطاعه نضيف ثلاثة أيام إلى الأربعة لإتمام عاداتها وتعتبر حائضا سبعة أيام ، وأما اليومان الباقيان من الخمسة وما بعدهما من زمن الحيض تعتبر طاهرا فتقضي الصيام الواقع في ثلاثة الأيام لوقوعه في زمن العادة ، ولا تقضي ما بعده لأنه لم يصادف زمن الحيض^(٢) .

والقول الثالث في هذه المسألة لبعض علماء الحنابلة وهو أن الجميع ليس بحيض سواء

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٣٥٦ - ٣٥٧ ، وانظر الشرح الكبير لأبي الفرج بن قدامة المقدسي ١/ ١٧٥ - ١٧٦ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة ١/ ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، والشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج بن قدامة المقدسي ١/ ١٧٥ .

ما وافق العادة وما خالفها ، وذلك لاختلاطه بما ليس بحيض^(١) فعلى هذا القول يعتبر ما فعلته من الصيام والصلاة صحيحا .

والذي اختاره هو قول جمهور العلماء وهو أن الدم إذا انقطع قبل تمام العادة وعاد في زمن الحيض ولم يعبر أكثره أنه يعتبر حيضا سواء وافق العادة أم لم يوافقها ، وهذا القول هو الذي اختاره موفق الدين بن قدامة ، وقد علل لذلك بأن عائشة رضي الله عنها قالت لاتعجلين حتى ترين القصة البيضاء^(٢) . ولم تقيد بالعادة فظاهر هذا الخبر أن النساء كنّ يعددن ما يرينه حيضا من غير افتقاد عادة ، ولم ينقل عنهن ذكر العادة ، ولا عن النبي ﷺ بيان لها ، ولا الاستفصال عنها إلا في التي^(٣) قالت : إني أستحاض فلا أطهر ، وشبهها من المستحاضات ، أما في امرأة يأتيها دم في وقت يمكن أن يكون حيضا ثم تطهر فلا ، والظاهر أنهم جرّين على العرف في اعتقاد ذلك حيضا ، ولم يأت من الشرع تغييره ، والعرف أن الحيضة تتقدم وتتأخر وتزيد وتنقص وفي اعتبار العدة على هذا الوجه إخلال ببعض المنتقلات عن الحيض بالكلية مع رؤيتها للدم في وقت الحيض على صفته وهذا لا سبيل إليه^(٤) .

المطلب الثاني : صيام وصلاة المرأة إذا جاوز الدم عاداتها

صاحبة العادة لو جاوز الدم عاداتها فاغتسلت وصامت وصلت فإن حكم صيامها وصلاتها مختلف فيه بين العلماء ، فالحنفية يرون أن صلاتها وصيامها موقوفان ، فإن جاوز الدم أكثر الحيض وهو عشرة أيام عندهم^(٥) تبين أنه ليس بحيض فيصح صيامها

(١) قولهم : إنه ليس بحيض هذا إذا لم يتكرر أما إذا تكرر فإنه يعتبر حيضا . انظر المرجعين السابقين .

(٢) رواه البخاري انظر فتح الباري ١ / ٤٢٠ رقم الحديث ٣١٩ .

(٣) هي فاطمة بنت أبي حبيش كما روت ذلك عائشة رضي الله عنها ، أنها جاءت رسول الله ﷺ فقالت : إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة ؟ قال : إنما ذلك عرق وليست بحيضة ، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة ، وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم ثم صلي . رواه البخاري في صحيحه ، انظر فتح الباري ١ / ٣٣١ رقم الحديث ٢٢٨ ، ومسلم في صحيحه ١ / ٢٦٢ رقم الحديث ٣٣٣ . وأبو داود في سننه ١ / ١٩٤ رقم الحديث ٢٨٢ .

(٤) الكافي ١ / ٧٩ .

(٥) انظر مجمع الأنهر ١ / ٥٢ .

وصلاتها ، وإن لم يتجاوزها تبين أنه حيض وأن صيامها وصلاتها فاسدان ، وإذن يلزمها قضاء الصيام ، أما الصلاة فلا تقضى جاء في تبين الحقائق « صاحبة العادة لو جاوز الدم عاداتها فاغتسلت وصلت يتوقف ، فإن جاوز الدم العشرة جازت وكذا صومها ، وإن لم يتجاوزها تبين أنه ليس بصلاة ولا صوم »^(١) .

وأما المالكية فيرون أن الدم إذا جاوز العادة تستظهر المرأة بثلاثة أيام ما لم يتجاوز خمسة عشر يوماً^(٢) ، وهي في أيام الاستظهار حائض ، وبعده طاهر حكماً تصلي وتصوم وتوطأ . جاء في أسهل المدارك « إن كانت معتادة فإن لم تختلف ، أي عاداتها ، استظهرت على عاداتها بثلاثة أيام ما لم يتجاوز خمسة عشر يوماً ، وإن اختلفت استظهرت على أكثر عاداتها كذلك ، وهي في أيام الاستظهار حائض فإن تمادى بها إلى تمام خمسة عشر يوماً فحكمها حكم الطاهرات في توجيه الصلاة والصوم وعدم القضاء »^(٣) . ويظهر مما سبق أن المالكية يرون أن ما فعلته المرأة من الصيام والصلاة موقوف على تمادي الدم أو عدم تماديه ، فإن تمادى الدم تعتبر في حكم الطاهرات في توجيه الصيام والصلاة وعدم القضاء وإن انقطع لدون خمسة عشر يوماً تبين أنه حيض فيجب عليها قضاء الصوم أما الصلاة فلا تقضى .

وأما الشافعية فيرون أن الدم إذا رأته بعد العادة فإن انقطع لدون خمسة عشر يوماً وهو أكثر الحيض تبين أنه حيض ، وإن لم ينقطع تبين أنه استحاضة فلو انقطع الدم بعد العادة ثم صامت وصلت ثم عاد فإن صيامها وصلاتها موقوفان على انقطاعه لأكثر الحيض - وهو خمسة عشر يوماً ، أو عدم انقطاعه ، فإن انقطع لدون خمسة عشر تبين أنه حيض فتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة ، وإن لم ينقطع تبين أنه استحاضة وأن ما فعلته كان صحيحاً^(٤) .

(١) ٩١ / ١ وانظر البحر الرائق ٩٦ / ٢ .

(٢) وهو أكثر الحيض عند المالكية ، انظر الشرح الصغير للدردير ٢٠٩ / ١ وشرح الخرشي على خليل ٢٠٤ / ١ .

(٣) ١٤٠ / ١ .

(٤) انظر نهاية المحتاج ١ / ٣٢٠ - ٣٢١ ومغني المحتاج ١ / ١١٥ .

وأما الحنابلة فيرون أن الدم إذا عاد بعد العادة لم يخل من حالين ؛ « أحدهما أن لا يمكن كونه حيضا ، والثاني أن يمكن ذلك فإن لم يمكن كونه حيضا لعبوره أكثر الحيض وأنه ليس بينه وبين الدم أقل الطهر فهذا كله استحاضة سواء تكرر أو لم يتكرر لأنه لم يمكن جعل جميعه حيضا فكان جميعه استحاضة لأن إلحاق بعضه ببعض أولى من إلحاقه بغيره .

والثاني : أن يمكن جعله حيضا وذلك يتصور في حالين :

أحدهما : أن يكون بضمه إلى الدم الأول بحيث لا يكون بين طرفيهما أكثر من خمسة عشر يوما ، فإذا تكرر جعلناهما حيضة واحدة ، ويلفق أحدهما إلى الآخر ويكون الطهر الذي بينهما طهرا في خلال الحيض .

الحالة الثانية : أن يكون بينهما أقل الطهر إما ثلاثة عشر يوما أو خمسة عشر يوما ، ويكون كل واحد من الدمين يصلح أن يكون حيضا بمفرده بأن يكون يوما وليلة فصاعدا فهذا إذا تكرر كان الدمان حيضتين ، وإن نقص أحدهما عن أقل الحيضين فهو دم فساد إذا لم يمكن ضمه إلى ما بعده »^(١) .

ومما تقدم يظهر أن فكرة الوقف في مذهب الحنابلة موجودة وهي أن الدم لا يتبين أنه ليس بحيض إلا بعد عبوره أكثر الحيض ، أما إذا لم يعبر أكثره فإنه يعتبر حيضا ، فهم يتفقون - مع المذاهب الثلاثة - في الجملة - في ذلك .

وخلاصة ما سبق أن المرأة إذا جاوز الدم عاداتها فيرى جمهور العلماء أن الدم إذا عبر أكثر الحيض لا يعتبر حيضا ، وإن لم يعبر أكثر الحيض يكون حيضا على اختلاف بينهم في أكثر الحيض ، فالحنفية يرون أنه عشرة أيام ، والشافعية والحنابلة يرون أنه خمسة عشر يوما ، فعلى اعتبار أنه حيض يكون صيامها وصلاتها فاسدين فتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة وعلى اعتبار أنه ليس بحيض يعتبر ما فعلته صحيحا .

والمالكية لا يختلفون مع جماهير العلماء فيما سبق إلا أنهم يرون أن أيام الاستظهار بعد العادة حيض ، وما عدا ذلك فإن الدم إذا عبر أكثر الحيض لا يعتبر حيضا ، وإن لم يعبر أكثره فإنه يعتبر حيضا كراي الجمهور .

(١) المغني لابن قدامة ١ / ٣٥٧ .

المطلب الثالث : صيام الزوجة بغير إذن زوجها والعبد والأمة بغير إذن سيدهما تطوعا

صيام المرأة بدون إذن زوجها والعبد والأمة بدون إذن سيدهما تطوعا فيه خلاف بين العلماء ، وسنوضح آراءهم في ذلك :

أما الحنفية فيرون بأن صيام الزوجة ، والعبد أو الأمة بدون إذن الزوج أو السيد موقوف على سماحهما فإن سمحا لهم مضوا فيه وإلا فللزواج أن يحلل زوجته من الصيام - إن كان ذلك يضره فأما إن كان ذلك لا يضره ، بأن كان غائبا أو مريضا لا يقدر على الجماع أو صائما فليس له أن يمنعها - وللسيد تحليل أمته أو عبده من الصيام سواء كان ذلك يضره أم لا^(١) .

وأما المالكية فيرون بأن الزوجة لا يحل لها أن تصوم تطوعا إذا كان زوجها يحتاج لها فإن صامت بغير إذنه فإن صيامها يكون موقوفا على سماحه ، فإن سمح لها مضت فيه وإلا فله أن يفطرها بجماع لا بأكل وشرب ، وحكم السرية وأم الولد عند المالكية كحكم الزوجة ، وأما أمة الخدمة والعبيد الذكور ، فإن صاموا بغير إذنه وكان ذلك يضعفهم عن العمل ، كان حكمهم حكم الزوجة والسرية وأم الولد ، وإن أضعفهم فإنه لا يحل لهم الصيام^(٢) .

(١) جاء في بدائع الصنائع ١٠٧ / ٢ « لا يحل للمرأة التي لها زوج أن تصوم تطوعا إلا بإذن زوجها ، وله أن يمنعها إن كان يضره ؛ لأنه له حق الاستمتاع بها ولا يمكنه ذلك في حال الصوم ، فإن كان صيامها لا يضره ، بأن كان صائما أو مريضا لا يقدر على الجماع ، فليس له أن يمنعها ، وليس لعبد ولا أمة أن تصوم بغير إذن المولى ، وسواء كان ذلك يضر المولى أم لا يضره بخلاف المرأة لأن المنع ههنا لمكان الملك فلا يقف على الضرر وللزوج أن يفطر المرأة إذا صامت بغير إذنه وكذا للمولى » .

وانظر الفتاوى الهندية ١ / ١٩٧ .

(٢) جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٦٥ / ٢ « الزوجة وأم الولد والسرية ليس لواحد منهم أن تتطوع بالصوم أو غيره ، وزوجها أو سيدها محتاج إليها ، فإن فعلت فله أن يفطرها بالجماع لا بأكل وشرب ، وأما أمة الخدمة والعبيد الذكور فيتطوعون بلا إذن إلا أن يضعفهم ذلك عن العمل » . وانظر مواهب الجليل ٢ / ٤٥٣ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ١ / ٧٢٣ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٥٤١ .

وأما الشافعية فيرى بعضهم أن صيام الزوجة بدون إذن زوجها محرم ، وقال بعضهم : إنه مكروه . والأمة المستباحة لسيدها كالزوجة ، وعلى كلا القولين عند الشافعية لو صامت المرأة بدون إذن زوجها صح صومها وأثمت ، وأما القول بأنه موقوف على سماح الزوج والسيد فالظاهر لي أنهم لا يقولون به . قال النووي : « قال جمهور أصحابنا : لا يجوز للمرأة صوم تطوع وزوجها حاضر إلا بإذنه لهذا الحديث ^(١) ، وقال جماعة من أصحابنا : يكره . والصحيح الأول فلو صامت بغير إذن زوجها صح باتفاق أصحابنا ، وإن كان الصوم حراما لأن تحريمه لمعنى آخر لا معنى يعود إلى نفس الصوم ، والأمة المستباحة لسيدها في صوم التطوع كالزوجة » ^(٢) .

وأما الحنابلة فمقتضى مذهبهم القول بأن صيام الزوجة بدون إذن زوجها ، والعبد والأمة بدون إذن سيدهما موقوف على سماح الزوج والسيد ، ذلك أنهم قالوا : إن اعتكاف الزوجة بدون إذن زوجها ، والأمة والقن بدون إذن سيدهما موقوف على سماح الزوج والسيد ، واستدلوا لذلك بحديث النهي عن صيام المرأة بغير إذن زوجها ، فكأنهم قاسوا الاعتكاف على الصيام بجامع أن كلا منهما تطوع ^(٣) .

فتلخص مما سبق أن المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكية والحنابلة يرون أن صيام الزوجة بدون إذن زوجها ، والأمة بدون إذن سيدها موقوف على سماح الزوج والسيد ، وأما

(١) الحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه ولفظه : « لاتصوم المرأة وبعلمها شاهد إلا بإذنه » رواه البخاري في صحيحه ١٥٠ / ٦ ، ومسلم في صحيحه ٧١١ / ٢ رقم الحديث ١٠٢٦ . ورواه أبو داود بلفظ « لاتصوم المرأة وبعلمها شاهد إلا بإذنه غير رمضان » ، انظر : سنن أبي داود ٨٢٧ / ٢ رقم الحديث ٢٤٥٨ (تحقيق الدعاس) وسنن الترمذي ١٢٥ / ٣ رقم الحديث ٧٨٢ (تحقيق الدعاس) .

(٢) المجموع شرح المذهب للنووي ٣٦٢ / ٦ ، ٣٦٣ ، وانظر : فتح العزيز للرافعي ٤٧٤ / ٦ ، وروضة الطالبين للنووي ٣٨٨ / ٢ ، وشرح روض الطالب من أسنى المطالب لذكرى الأنصاري ٤٣٣ / ١ ، ومغني المحتاج للشربيني ٤٤٩ / ١ ، وتحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي ٤٩٥ / ٣ .

(٣) جاء في كشف القناع للبهوتي ٣٤٩ / ٢ « ولا يجوز الاعتكاف للمرأة والعبد بغير إذن زوج وسيد ؛ لأن منافع المرأة والعبد مملوكة لغيرهما ، والاعتكاف يفوتها ويمنع استيفاءها وليس بواجب بالشرع فلم يجز إلا بإذن مالك المنفعة وهو الزوج والسيد ، فإن شرعا (أي المرأة والعبد) فيه بغير إذن الزوج والسيد فلهما تحليلهما منه لحديث أبي هريرة : « لاتصوم المرأة وزوجها شاهد يوما من غير رمضان إلا بإذنه » .

وانظر : شرح منتهى الإرادات ٢٦٤ / ١ ، والفروع لابن مفلح ٢٠٨ / ٣ ، ومطالب أولي النهي ٢٣١ / ٢ .

الشافعية فلا يقولون بالوقوف . ويعلل الشافعية عدم القول بأن الصيام موقوف على سماح الزوج والسيد ، أن للصوم حرمة وهيبة تمنع الزوج والسيد من انتهاكه^(١) ، وأما أصحاب المذاهب الثلاثة فيعللون لما ذهبوا إليه بأن حق الزوج والسيد ثابت على الزوجة والأمة لقوله ﷺ : « لاتصوم المرأة وزوجها شاهد يوما من غير رمضان إلا بإذنه »^(٢) ، فإذا صامت المرأة أو الأمة بدون إذنه تكون قد خالفت ، فيثبت للزوج أو السيد الحق في التحليل لما فيه من تفويت حق غيرهما بدون إذنه^(٣) .

والذي أختاره هو قول الجمهور لما يأتي :

أ - أن هذه المسألة اجتمع فيها حقان ؛ حق الله وهو الاستمرار في صيام التطوع وحق العبد وهو الاستمتاع بزوجته وكلاهما من الأمور المباحة ، فيقدم حق الزوج فله أن يسمح لها بالمضي في صيامها أو يفطرها ..

ب - أن الصوم وإن كان له حرمة فإنه لن يمنع الزوج والسيد في حالة الحاجة من تحليلهم من الصيام لأن صيام التطوع التحليل منه جائز لا حرج فيه^(٤) .

المبحث الثالث : اعتكاف الزوجة والعبد والأمة

اعتكاف^(٥) الزوجة والعبد والأمة موقوف على سماح الزوج والمولى بالاعتكاف ، ولهما تحليل من دخل فيه منهم عند الفقهاء إلا أن المالكية يقيدون كونه موقوفاً بحاجة الزوج والسيد لهما .

أما فيما يتعلق بمذهب الحنفية فقد جاء في بدائع الصنائع « يصح الاعتكاف من المرأة والعبد بإذن المولى والزوج - إن كان لها زوج - لأنهما من أهل العبادة ، وإنما المانع حق الزوج والمولى ، فإذا وجد الإذن فقد زال المانع^(٦) .

(١) انظر : إتحاف أهل الإسلام بخصوصيات الصيام لابن حجر الهيتمي ص ٣٢٦ ومغني المحتاج للشريني ١/ ٤٤٩ .

(٢) الحديث سبق الكلام عليه .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٢/ ١٠٧ ، وشرح الخرشي على خليل ٢/ ٢٦٥ ، وكشاف القناع للبهوتي ٢/ ٣٤٩ .

(٤) انظر في الأدلة على جواز التحليل من صيام التطوع : مصنف ابن أبي شيبة ٣/ ٣٠ .

(٥) الاعتكاف في اللغة : يطلق على الملازمة والمواظبة على الشيء ، كما يطلق على الحبس يقال : عكف على الشيء

عكفوا وعكف من باب قعد وضرب لازمه ومواظبه ، وعكفت الشيء أعكفه وأعكفه : حبسته . انظر تهذيب اللغة ١/ ٣٢١ ،

والمصباح المنير ٢/ ٧٥ ، والمغرب في ترتيب المعرب ٢/ ٥٤ .

(٦) ٢/ ١٠٨ وانظر الفتاوى الهندية ١/ ٢١١ .

وبالنسبة لمذهب المالكية جاء في الشرح الكبير للدردير « وليس لامرأة أو سرية يحتاج لها زوج أو سيد تطوع بلا إذن ... فإن أذن لها فليس له ذلك ، فإن علمت أنه لا يحتاج إليها جاز لها التطوع بلا إذن »^(١) .

وقال الشافعي : « إذا جعلت المرأة على نفسها اعتكافا فلزوجها منعها منه ، وكذا لسيد العبد والمديرة وأم الولد منعهم فإذا أذن لهم وأراد منعهم قبل تمام ذلك فذلك له »^(٢) .

وبالنسبة لمذهب الحنابلة جاء في المقنع « ولا يجوز الاعتكاف من المرأة بغير إذن زوجها ولا من القن بغير إذن سيده ، وإن شرعا فيه بغير إذن فلهما تحليلهما »^(٣) .

ويعلل الفقهاء كونه موقوفا على السماح بأن فيه إضاعة لحق الغير فيتوقف على سماحه ، كما يقيسونه على الصيام بجامع كون كل واحد منهما فيه إضاعة لحق الغير ، فالعبد يضيع عمله باعتكافه ، والزوجة يضيع حق الزوج بالاستمتاع بها ، لذلك جعلوا اعتكافهما موقوفا على سماح الزوج والمولى .

المبحث الرابع : تصرف مالك النصاب إذا قدم الزكاة على الحول

اختلف العلماء في حكم تصرف مالك النصاب إذا قدم الزكاة على الحول على قولين :
القول الأول : أنه إذا عجل الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب فالمعجل موقوف لا يحكم بكونه زكاة أو غير زكاة حتى يتم الحول ، فإن تم الحول والنصاب باق تبين أنه زكاة وإلا فليس بزكاة ، وبه قال الحنفية والحنابلة ، وكذلك الشافعية إلا أنهم اشترطوا بقاء القابض بصفة الاستحقاق إلى آخر الحول .

جاء في تبين الحقائق « تعجيل الزكاة إلى الفقير يتوقف ، فإن بقي النصاب إلى تمام الحول صار فرضا ، وإن نقص وتم الحول على النقصان صار نفلا »^(٤) .

(١) ٥٤٠ / ١ وانظر : شرح الخرشي على خليل ٢ / ٢٧٠ .

(٢) الأم ٩٣ / ٢ ، وانظر : حلية العلماء للشاشي القفال ٣ / ١٨٠ .

(٣) ٣٨٠ / ١ ، وانظر : الكافي لابن قدامة ١ / ٤٩٤ ، والمبدع في شرح المقنع ٣ / ٦٥ ، ٦٦ ، وشرح منتهى الإرادات ١ / ٤٦٤ ، وكشاف القناع ٢ / ٣٤٩ .

(٤) ١٩١ / ١ وجاء في البحر الرائق ٢ / ٩٦ « تعجيل الزكاة إلى الفقير يتوقف كونها فرضا على تمام الحول والنصاب تام فإن تم على نمائه كان فرضا وإلا نفلا » .

وجاء في الفروع « يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول إذا تم النصاب . جزم به الأصحاب ، وإن تلف النصاب أو نقص بان بأن المخرج غير زكاة ولانقطاع الوجوب بذلك »^(١) .

وجاء في المجموع شرح المذهب « إذا عجل زكاة ماله ثم هلك النصاب أو هلك بعضه قبل الحول خرج المدفوع عن أن يكون زكاة ، وشرط كون المعجل زكاة مجزئاً بقاء القابض بصفة الاستحقاق إلى آخر الحول ، فلو ارتد أو مات أو استغنى بغير المال المعجل قبل الحول لم يحسب من الزكاة بلا خلاف »^(٢) .

القول الثاني : أن الزكاة المعجلة قبل الحول لا تجزئ ، وبه قال مالك فيما رواه أشهب^(٣) عنه . جاء في مقدمات ابن رشد « اختلف فيمن أخرج زكاة ماله قبل حلول الحول عليه على قولين : أحدهما أن ذلك لا يجزئه وهو رواية أشهب عن مالك »^(٤) .

= وانظر : فتح القدير لابن الهمام ١ / ٥١٨ ، والبدائع للكاساني ٢ / ٥٠ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١ / ١٠٤ ، وإتحاف الأبصار والبصائر بتبويب كتاب الأشباه والنظائر ص ٥٨ ، والجوهرة النيرة ١ / ١١٤ ، وكشف الحقائق ١ / ١٠٤ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ١ / ٤٠٥ .

(١) ٢ / ٥٧١ ، ٥٨٠ « بتصرف » وجاء في المغني لابن قدامة ١ / ٧٠٠ « متى وجد سبب وجوب الزكاة وهو النصاب الكامل جاز تقديم الزكاة وبهذا قال الحسن وسعيد بن جبير والزهري والأوزاعي وأبو حنيفة وإسحاق وأبو عبيد » وانظر : المقنع لابن قدامة ١ / ٣٤٤ ، والكافي ١ / ١٢٩ ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣ / ٢٠٤ .

(٢) ٦ / ١٠٤٤ ، وجاء في مغني المحتاج ١ / ٤١٦ « ويجوز تعجيل الزكاة في المال الحولي قبل تمام الحول فيما انعقد حوله لأن العباس سأل رسول الله ﷺ في تعجيل صدقته فرخص له في ذلك ، ولأنه وجب بسببين وهما : النصاب والحول ، فجاز تقديمه على أحدهما كتقديم كفارة اليمين على الحنث ، فلو ملك مائتي درهم أو ابتاع عرضاً يساويها فعجل زكاة أربعمائة وحال الحول وهو يساويها أجزأه المعجل » .

(٣) هو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي المعافري الجعدي الفقيه المالكي المصري ولد بمصر سنة ١٤٠ هـ ، وتفقه على الإمام مالك وغيره ، انتهت إليه الرياسة في الفقه بمصر بعد وفاة ابن القاسم ، كان ثقة فيما رواه عن مالك . توفي بمصر سنة ٢١٤ هـ . صنف كتاباً في الفقه ، وكتاباً في فضائل عمر بن عبد العزيز ، وغير ذلك . انظر ترتيب المدارك ٢ / ٤٤٧ - ٤٥٣ ووفيات الأعيان ١ / ٢١٥ - ٢١٧ رقم الترجمة ٩٧ .

(٤) ١ / ٢٥٢ ، وجاء في المدونة ١ / ٢٤٣ ، ٢٤٤ « قال أشهب : وقال مالك : الذي أداها قبل أن يتقارب ذلك لاجتزئه وإنما ذلك بمنزلة الذي يصلي الظهر قبل أن ترول الشمس . وقال الليث : لا يجوز ذلك » ١ هـ . والقول الثاني عند المالكية أن تقديمها يجزئه إذا كان ذلك بقرب الحول . وقد اختلفوا في حد القرب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه اليوم واليومان ونحو ذلك وهو قول ابن المواز .

الثاني : أنه العشرة الأيام ونحوها وهو قول ابن حبيب في الواضحة .

الثالث : أنه الشهر ونحوه وهي رواية عيسى عن ابن القاسم .

الرابع : أنه الشهران فما دونهما وهي رواية زياد عن مالك .

انظر : مقدمات ابن رشد ١ / ٢٥٢ ، وحاشية الدسوقي ١ / ٤٣١ ، ومواهب الجليل للخطاب ٢ / ٢٥٦ .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بجواز تعجيل الزكاة بما يلي :

الدليل الأول : أن العباس بن عبد المطلب^(١) سأل النبي ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له في ذلك . رواه أحمد وأبو داود^(٢) .

وترخيص الرسول ﷺ للعباس في تعجيل زكاته دليل على أن كمال النصاب شرط لوجوب الزكاة ، وأن تعجيلها جائز عند كماله ، وأما حولان الحول فهو شرط لوجوب الأداء ، فلو قدم زكاته وتم الحول والنصاب ناقص أو تالف لم تعتبر زكاة .

الدليل الثاني : أنه تعجيل لمال وجد سبب وجوبه فجاز - كتعجيل قضاء الدين قبل حلول أجله - لكن لم يوجد ما يوجب أدائه وهو كمال الحول ، فإذا ما قدم صاحب المال زكاته جاز وتوقف كونها زكاة على تمام الحول مع كمال النصاب^(٣) .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بعدم جواز تقديم الزكاة على الحول بما يلي :

الدليل الأول : عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » . رواه الدارقطني^(٤) .

(١) هو العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي عم رسول الله ﷺ أبو الفضل ، ولد قبل رسول الله ﷺ بسنتين ، شهد الفتح وثبت يوم حنين ، وكان أعظم الناس عند رسول الله ﷺ ، والصحابة يعترفون بفضله توفي سنة ٣٢ هـ . الإصابة لابن حجر ٢/ ٢٦٣ (طباعة دار الكتاب العربي) ، تهذيب التهذيب ٥/ ١٢٢ .

(٢) انظر مسند أحمد بتحقيق أحمد شاكر ٢/ ١٤١ رقم الحديث ٨٢٢ ، وسنن أبي داود ٢/ ٢٧٥ رقم الحديث ١٦٢٤٠ (تحقيق الدعاس) . والحديث رواه الحاكم في مستدركه ٣/ ٣٣٢ ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي في تلخيصه . كما رواه الدارمي في سننه ١/ ٣٢٤ . وقال : لا أرى في تعجيل الزكاة بأساً . والدارقطني في سننه ٢/ ١٢٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٤/ ١١١ ، وأبو عبيد في الأموال ص ٥٩١ رقم الحديث ١٨٨٥ .

(٣) انظر المغني لابن قدامة ٢/ ٦٣٠ ، وفتح القدير ١/ ٥١٨ .

(٤) سنن الدارقطني ٢/ ٩٠ وقال الدارقطني : رواه معتمر وغيره عن عبيد الله موقوفاً ، ورواه الإمام مالك في الموطأ ١/ ٢٤٦ موقوفاً على ابن عمر بلفظ : « لا تجب في مال زكاة حتى يحول عليه الحول » . والشافعي في الأم ٢/ ١٤ ، =

ففي الحديث دليل على عدم جواز إخراج الزكاة قبل الحول لنفي رسول الله ﷺ ذلك .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن يقال : إن الحديث لا يفيد عدم جواز إخراج الزكاة قبل الحول ، لأن المراد من الحديث أنه لا وجوب للزكاة في مال حتى يحول عليه الحول ، ونفي الوجوب لا ينفي جواز التعجيل .

الدليل الثاني :

إن الزكاة إسقاط الواجب ، ولا إسقاط قبل الوجوب فصار كالصلاة قبل الوقت بجامع أنه أداء قبل السبب ، إذ السبب هو النصاب الحولي ولم يوجد^(١) .

المناقشة :

ونوقش هذا الدليل بعدم التسليم بأن النصاب الحولي هو السبب ، بل إن السبب هو النصاب فقط ، وأما الحول فليس جزءا من السبب ، بل هو شرط لوجوب الأداء ، فالمعجل زكاته قد أدى بعد حصول السبب ، وقبل وقت وجوب الأداء ، فالحول تأجيل في الأداء بعد أصل الوجوب فهو كالدين المؤجل ، وتعجيل الدين المؤجل صحيح ، والأداء بعد النصاب كالصلاة في أول الوقت لاقبله ، وكصوم رمضان لأنه بعد السبب ، على أنا لانجزم بوقوع المعجل زكاة في الحال بل ذلك موقوف إلى آخر الحول فإن تم والنصاب باق تبين أنه زكاة وإلا تبين أنه وقع نفلا^(٢) .

= بهذا اللفظ موقوفا كذلك . ورواه الإمام أحمد وأبو داود ، وأبو عبيد ، والدارقطني والبيهقي من طريق عاصم بن ضمرة عن علي مرفوعا بلفظ : « ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول » .

انظر : مسند أحمد بتحقيق أحمد شاكر ٣١١ / ٢ رقم الحديث ١٢٦٤ وسنن أبي داود ٢ / ٢٣٠ رقم الحديث ٥٧٣ تحقيق الدعاس ، والأموال لأبي عبيد ص ٤١١ رقم الحديث ١٢٢٢ ، وسنن الدارقطني ٢ / ٩١ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٤ / ٩٥ . قال الزيلعي : « عاصم بن ضمرة وثقه ابن المديني وابن معين والنسائي ، وتكلم فيه ابن حبان ، فالحديث حسن » نصب الراية ٢ / ٣١٨ .

وقال الحافظ ابن حجر عن حديث علي المذكور آنفا : « لا بأس بإسناده والآثار تعضده فيصلح للحجة » اهـ .

تلخيص الحبير ٢ / ١٥٦ رقم الحديث ٨٢١ .

(١) انظر الكافي لابن عبد البر ١ / ٣٠٣ ، وفتح القدير ١ / ٥١٦ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ١ / ٥١٨ .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول لحديث العباس السابق ، ولأن التعجيل قد وجد سببه وهو كمال النصاب ، وليس هناك مانع من التعجيل ، وربما تقتضي المصلحة ذلك للحاجة إليه .

مبحث الخامس : في الحج :

المطلب الأول : إحرام المرأة بحجة الإسلام بغير إذن الزوج .

اختلف العلماء في حكم إحرام المرأة بحجة الإسلام بغير إذن الزوج على قولين :
القول الأول : أن إحرامها موقوف على سماح الزوج ، فإن شاء حللها وإن شاء تركها تمضي في حجها ، وهو أحد القولين في مذهب الشافعية . جاء في المذهب « وإن أحرمت المرأة بغير إذن الزوج فإن كان في حجة الإسلام ففيه قولان : أحدهما أن له أن يحللها »^(١) .

القول الثاني : أنه ليس له تحليلها . وبه قال جمهور العلماء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل من قال بأن له تحليلها بما يلي :

أ - أن حق الزوج على الفور والحج على التراخي فقدم حقه^(٦) .

(١) ١ / ٢٤٢ ، وانظر : الأم للشافعي ٢ / ١٠٠ .
(٢) جاء في مختصر الطحاوي ص ٧٢ « وإذا أحرمت المرأة بحجة الإسلام وهي من واجدي السبيل في وقت إحرام أهل بلدها فليس لزوجها منعها من ذلك » .
(٣) جاء في الشرح الصغير للدردير ٢ / ٩ « وامرأة ذات زوج لا تحرم إلا بإذن زوجها ، فإن أحرمت بغير إذنه فله التحليل إذا لم تحرم بحجة الإسلام » . هـ . ويفهم من ذلك أنها إذا أحرمت بحجة الإسلام أنه لا يملك تحليلها .
(٤) انظر : المذهب للشيرازي ١ / ٢٤٢ .
(٥) جاء في المقنع لابن قدامة ١ / ٣٨٩ « وليس للزوج منع امرأته من حج الفرض ولا تحليلها إن أحرمت به » .
(٦) انظر : مغني المحتاج للشربيني ١ / ٥٣٦ .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن دعوى أن الحج على التراخي مسألة فيها خلاف بين العلماء ، فلا يلزم القول به إلا على رأي من يرى هذا الرأي ، وإلا فإن كثيرا من العلماء يرون أنه على الفور^(١) ، ولو سلمنا بأنه على التراخي فإنها قد تلبست بالإحرام به فأشبهه تلبسها بالصلاة فلا يجوز لها التحلل منه .

ب - ماروي عن عطاء^(٢) ، أنه قال في المرأة تهل بالحج فيمنعها زوجها : هي بمنزلة المحصر^(٣) . فكما أن المحصر يتحلل إذا حصر فكذلك المرأة تتحلل لأنها أحرمت بغير إذن الزوج .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه يحتمل أن يكون المراد بذلك حج التطوع ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال^(٤) .

دليل القول الثاني :

واستدل من قال بأنه لا يملك تحليلها منه بأنه فرض لا يملك تحليلها منه فأشبه الصوم والصلاة^(٥) .

الرأي المختار :

والذي أختره هو القول الثاني وهو أنه ليس له منعها لأن دليل الجمهور أقوى ، ولأن حق الزوج يسقط عند الفرائض كما في الصلوات الخمس ، وصوم رمضان ، فسقط عند فريضة الحج .

(١) انظر : بدائع الصنائع ١١٩ / ٢ ، وبداية المجتهد ٣٢٩ / ١ ، والمحزر لأبي البركات ابن تيمية ٢٣٣ / ١ ، والشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة المقدسي ٩١ / ٢ ، والإنصاف للمرداوي ٤٠٤ / ٣ ، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٧٠٥ / ٣ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٨ - ٧ / ٥ .

(٢) هو عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم أبو محمد الجندي نزيل مكة وأحد فقهاء الأئمة قال ابن سعد : إليه انتهت فتوى أهل مكة ، وكان أسود أعرج أفطس أشل قطعت يده مع ابن الزبير ، وكان ثقة فقيها عالما كثير الحديث أدرك مائتي صحابي قدم ابن عمر مكة فسأله ، فقال : تسألوني وفيكم ابن أبي رباح ، توفي سنة ١١٤ هـ . انظر : خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٢ / ٢٣٠ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٩ .

(٣) الأم للشافعي ١٠٠ / ٢ .

(٤) انظر : القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٣٤ .

(٥) انظر : الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة المقدسي ٨٧ / ٢ .

المطلب الثاني : إحرار المرأة تطوعا بغير إذن الزوج

اختلف العلماء في حكم إحرار المرأة تطوعا بغير إذن الزوج على قولين :

القول الأول : إن إحرارها موقوف على سماح الزوج فإن شاء تركها تمضي ، وإن

شاء حللها من إحرارها . وبه قال جمهور العلماء^(١) .

القول الثاني : أنه ليس له تحليلها وهو رواية عند الحنابلة ، اختاره أبو بكر والقاضي ،

وابنه أبو الحسين^(٢) جاء في الإنصاف « الرواية الثانية لا يملك تحليلها اختاره أبو بكر

والقاضي وابنه أبو الحسين »^(٣) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بما يلي :

الدليل الأول : من القياس وهو قياس إحرارها بالحج تطوعا بدون إذن زوجها على

الصيام تطوعا بدون إذن زوجها ، فكما أن الصيام يكون موقوفا على سماح الزوج

فكذلك الحج^(٤) .

الدليل الثاني : أن حق زوجها ثابت عليها فلا يمكن أن يسقطه فعل التطوع^(٥) .

(١) جاء في بدائع الصنائع ١٢٤ / ٢ « لو أرادت الخروج إلى حجة التطوع فللزوج أن يمنعها كما في صلاة التطوع

وصوم التطوع » وانظر : مختصر الطحاوي ص ٧٢ ، والفتاوى الحانية ٢٨٣ / ١ ، وجاء في المذهب للشيرازي ١ /

٢٤٢ « إن أحرمت بغير إذن الزوج جاز له أن يحللها » وجاء في الإنصاف للمرداوي ٣٩٧ / ٣ « وإن أحرمت بتطوع

بغير إذنه فجزم المصنف بأن له تحليلها وهو المذهب وإحدى الروايتين » .

وانظر : الكافي لابن عبد البر ٤١٣ / ١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٢ ، والمغني لابن قدامة ٣ /

٢٤٠ .

(٢) هو أبو الحسين محمد بن محمد بن الحسين بن محمد الفراء القاضي الشهير ابن شيخ المذهب القاضي أبو يعلى ولد

سنة ٤٥١ هـ وتوفي والده وهو صغير فتفقه على الشريف أبي جعفر وبرع في الفقه ، وأفتى وكان له مال فعلم بذلك

بعض من كان يخدمه فدخلوا عليه ليلا وأخذوا المال وقتلوه سنة ٥٢٦ هـ .

له مصنفات منها « المجموع في الفروع » و « رؤوس المسائل المفردات في الفقه » و « التمام لكتاب والده الروايتين

والوجهين » . انظر : ذيل طبقات الحنابلة ١ / ١٧٦ - ١٧٨ ، والمنهج للأحمد ٢ / ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

(٣) ٣ / ٣٩٨ ، وانظر : الفروع لابن مفلح ٣ / ٢٢٢ ، ومطالب أولي النهى ٢ / ٢٧٤ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢ / ١٢٤ .

(٥) المذهب للشيرازي ١ / ٢٤٢ ، والمبدع لابن مفلح ٣ / ٨٩ .

دليل القول الثاني : واستدل القائلون بأن الزوج لا يملك تحليلها بقياس إحرامها بالحج تطوعا على إحرامها بالواجب من الصلاة والصوم ، فكما أنها إذا أحرمت به لا يمكن أن تتحلل منه فكذلك الإحرام بالحج^(١) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه قياس مع الفارق لأن هذا تطوع وهذا واجب ولا يمكن التسوية بينهما .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن له أن يحللها من الإحرام بالتطوع لأن حق الزوج واجب عليها ، والإحرام بالتطوع ليس بواجب ، ولأنه أشبه بصوم التطوع ، وقد ورد النهي عنه مقيدا بسماح الزوج فإذا سمح لها أو أحرمت ولم يمنعها فلها أن تمضي فيه .

المطلب الثالث : إحرام الصبي المميز بغير إذن وليه

اختلف العلماء في حكم إحرام الصبي المميز بغير إذن وليه على ثلاثة أقوال :
القول الأول : أن إحرامه يصح موقوفا على سماح الولي ، وبه قال المالكية وبعض الشافعية .

جاء في مواهب الجليل « الصبي المميز يحرم عن نفسه ، ولكن بإذن وليه ، فإن أحرم بغير إذن وليه انعقد إحرامه ، وكان للولي تحليله منه ، وله إجازة فعله وإبقاؤه على إحرامه بحسب ما يرى من المصلحة »^(٢) .

وجاء في تحفة المحتاج « وإنما تصح مباشرته أي ماذكر من الحج والعمرة من المسلم المميز ككل عبادة بدنية ، نعم تتوقف صحة إحرامه على إذن وليه لاحتياجه للمال »^(٣) .

القول الثاني : أنه لا ينعقد إحرامه أصلا ولا يصح إلا إذا أذن الولي ، أما إذا أحرم قبل حصول الإذن فأحرامه باطل ، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وبه قال بعض الشافعية .

(١) انظر : الكافي لابن قدامة ١ / ٥١٧ ، ٥١٩ .

(٢) ٤٨١ / ٢ .

(٣) ٨ / ٤ وانظر : حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢ / ١٠٣ .

وجاء في الإنصاف « الصحيح من المذهب أن الصبي المميز لا يصح إحرامه إلا بإذن وليه ، وعليه أكثر الأصحاب ^(١) .

القول الثالث : إن إحرام الصبي المميز يصح دون سماح الولي . وبه قال بعض الحنابلة وأبو إسحاق المروزي ^(٢) من الشافعية .

جاء في الإنصاف « وقيل : يصح إحرامه ، أي الصبي المميز بدون إذن وليه » ^(٣) .

وجاء في المذهب « إن أحرم بغير إذن وليه قال أبو إسحاق : يصح كما يصح إحرامه في الصلاة » ^(٤) .

الأدلة :

دليل القول الأول :

استدل القائلون بأن إحرام الصبي المميز بدون إذن وليه موقوف على سماح الولي بأن الحج يفتقر في أدائه إلى المال ، والولي هو الناظر في مصلحة الصبي فيتوقف إحرامه على سماحه ^(٥) .

دليل القول الثاني :

استدل القائلون بعدم انعقاد إحرام الصبي المميز إلا بإذن وليه بأن إحرامه بدون إذن وليه يؤدي إلى لزوم ما لم يلزم فلم ينعقد بنفسه كالبيع ^(٦) ، وبيان ذلك أنه ربما ارتكب خطأً وحينئذ يتحمل وليه الجزاء ، والولي لم يرتكب الخطأ بنفسه حتى يلزمه فيؤدي ذلك

(١) ٣ / ٣٩٠ وجاء في كشف القناع « ولا يصح إحرامه بغير إذنه أي إذن وليه لأنه يؤدي إلى لزوم ما لم يلزم فلم ينعقد بنفسه كالبيع » .

(٢) هو إبراهيم بن أحمد المروزي انتهت إليه رئاسة العلم ببغداد وشرح « مختصر المزني » وأخذ عنه الأئمة وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد وخرج إلى مصر ومات بها سنة ٣٤٠ هـ . طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١١٢ ، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٩ .

(٣) ٣ / ٣٩٠ .

(٤) ١ / ٢٠٢ .

(٥) انظر : مواهب الجليل للخطاب ٢ / ٤٨١ .

(٦) انظر : كشف القناع للبهوتي ٢ / ٣٨٠ .

إلى لزوم ما لم يلزم ، وعليه فلا بد من إذن الولي قبل الإحرام فأشبه البيع لأنه لا ينعقد إلا بإرادتين قد حصل بينهما الرضا .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا القول بأن يقال : إن القول بانعقاد إحرامه موقوفا على سماح وليه لا يؤدي إلى لزوم ما لم يلزم ، كما أن فيه مصلحة للصبي المميز بتصحيح إحرامه لأنه قد لا يكون الولي حاضرا مع الصبي عند الإحرام وربما لا يلتقيان إلا في الحرم ، وعليه فإن القول بعدم انعقاد إحرام الصبي إلا بإذن وليه فيه مشقة وكلفة على الصبي ، والتيسير في مثل هذه الأمور أولى .

دليل القول الثالث : استدلل القائلون بأن إحرام الصبي المميز بدون إذن وليه صحيح بالقياس على الإحرام بالصلاة ، فكما يصح من الصبي المميز بغير إذن وليه أو سماحه فكذلك الإحرام بالحج^(١) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن يقال : إن القياس قياس مع الفارق وذلك أن الصلاة لا يترتب على المخالفة فيها جزاء بخلاف الحج ولذلك اشترط سماح الولي للصبي بالإحرام دون الصلاة .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول لقوة دليله ولأنه ربما ارتكب ما يسبب له جزاء ماليا وذلك يتحملة الولي ، ولذلك أوقف إحرامه بالحج على سماحه .

المطلب الرابع : إحرام الرقيق بالحج تطوعا بغير إذن المولى

اختلف العلماء فيما إذا أحرم الرقيق بالحج تطوعا بغير إذن المولى على قولين :

القول الأول : إن إحرامه موقوف على سماح المولى فإن سمح له مضى وإلا فله تحليله . وبه قال جمهور العلماء^(٢) .

(١) انظر : المهذب للشيرازي ٢٠٢ / ١ .

(٢) جاء في مختصر الطحاوي ص ٧٢ « وإذا أحرم العبد بغير إذن سيده والمرأة بغير إذن زوجها بسوى حجة الإسلام التي هي على المرأة فمنعاهما وحلاهما حلا » . وجاء في التاج والإكلیل ٤٨٢ / ٢ « للسيد تحليل ذي رق أحرم بغير =

القول الثاني : أنه لا يملك تحليله وهو رواية في مذهب الحنابلة اختارها أبو بكر والقاضي وابنه^(١) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن للسيد تحليل الرقيق إذا أحرم تطوعا بغير إذنه بما يلي :

أولا : أنه قد ثبت في الحديث الصحيح أن المرأة لاتصوم غير شهر رمضان إلا بإذن زوجها^(٢) ، وحق السيد أكد فلا يحج إلا بإذنه .

ثانيا : أن حق السيد في الرقيق ثابت ولازم فلم يملك إبطاله بما لا يلزمه^(٣) .

دليل القول الثاني : استدل القائلون بأن السيد لا يملك تحليله بقياس إحرام الرقيق بالحج تطوعا على إحرام السيد بالحج تطوعا ، فكما أن السيد لا يملك تحليل نفسه إذا أحرم تطوعا فكذلك لا يملك تحليل رقيقه^(٤) .

وأجيب : بأن السيد لم يملك تحليل نفسه لأنه التزم التطوع باختياره فنظيره أن يحرم الرقيق بإذنه كما أن الرقيق مملوك لسيده وإحرامه يفوت الحق الواجب بغير رضاه بخلاف السيد ، فإن إحرامه لا يفوت حقا على غيره فافترقا^(٥) .

= إذنه » . وجاء في المذهب للشيرازي ١ / ٢٤٢ « وإن أحرم العبد بغير إذن المولى جاز للمولى أن يحلله ؛ لأن منفعته مستحقة فلا يملك إبطاها عليه بغير رضاه » . وجاء في المقنع لابن قدامة ١ / ٣٨٨ « وليس للعبد الإحرام إلا بإذن سيده ولا للمرأة الإحرام نفلا إلا بإذن زوجها فإن فعلا فلهما تحليلهما » .

وانظر : البحر الرائق لابن نجيم ٢ / ٣٣٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢ / ٦ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٢ / ٩ ، وحاشية العدوي على شرح الخرشي ٢ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، والمحزر لأبي البركات ابن تيمية ١ / ٢٣٣ ، والإنصاف للمرداوي ٣ / ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(١) جاء في الكافي لابن قدامة ١ / ٥١٧ « إن أحرم العبد بغير إذنه فقال أبو بكر : لا يملك تحليله » . وجاء في الإنصاف للمرداوي ٣ / ٣٩٥ « وعنه رواية أخرى ليس له تحليله . نقلها الجماعة عن الإمام أحمد واختارها أبو بكر والقاضي وابنه » .

(٢) انظر في تخريج هذا الحديث ص ٣٦٥ من هذا البحث .

(٣) الكافي لابن قدامة ١ / ٥١٧ ، ٥١٨ ، والمغني لابن قدامة ٣ / ٢٥٠ ، والشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة المقدسي ٢ / ٨٥ .

(٤) انظر المراجع السابقة .

(٥) انظر المراجع السابقة .

والرأي المختار :

والذي أختاره هو القول بوقف إحرامه على سماح المولى ، فإن سمح له مضى وإلا فله تحليله لقوة دليله ، ولأن القول بعدم تحليله يؤدي إلى ضياع الحقوق على أصحابها .

المطلب الخامس : إهلال الرجل بالحج على الإبهام ممن أمراه

إذا أمر رجلان رجلاً بأن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بالحج عن أحدهما على الإبهام فللعلماء في ذلك قولان :

القول الأول : أن الأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الأمرين ، فإن عين أحدهما قبل الشروع في أعمال الحج انصرف إليه ، وإلا انصرف إلى نفسه وضمن النفقة ، وبه قال الحنفية - عدا أبا يوسف - والشافعية ، وهو رأي في مذهب الحنابلة .

جاء في فتح القدير « ومن أمره رجلان أن يحج عن كل واحد منهما فأهل عن أحدهما على الإبهام ، فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الأمرين ، فإن عين أحدهما قبل الوقوف^(١) انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه وضمن النفقة^(٢) .

وجاء في المجموع شرح المذهب « إذا استأجره اثنان ليحج عنهما أو أمراه - بلا إجارة - فأحرم عن أحدهما لابعينه انعقد إحرامه عن أحدهما وكان له صرفه إلى أيهما شاء قبل التلبس بشيء من أفعال الحج . هذا مذهبنا^(٣) .

(١) هذا إذا بدأ أعمال الحج بالوقوف بعرفة أما لو بدأ بالطواف فعليه أن يعين قبله وإلا وقع عن نفسه . جاء في فتح القدير ٣١٤ / ٢ فيما إذا أمره أبواه أن يحج عن كل منهما حجة فأحرم بحجة عن أحدهما على الإبهام مانصه : « إذا أحرم بحجة عن أحدهما لم يتحقق بمجرد ذلك لأن كلا منهما أمره بحجة ، وأحدهما صالح لكونه منهما صادق عليه ، ولا منافاة بين العام والخاص ، ولا يمكن أن تصير للمأمر لأنه نص على إخراجها عن نفسه بجعلها لأحد الأمرين فلا تنصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لأن معه مكنة التعيين ما لم يشرع في الأعمال ، بخلاف ما إذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطاً لأن الأعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه » .

(٢) ٣١٣ / ٢ ، وجاء في الفتاوى الحنابلة ٣١٠ / ١ « لو أمره رجلان كل واحد منهما أن يحج عنه فأحرم بحجة عن أحدهما غير عين ، كان له أن يصرفه إلى أيهما شاء في قول أبي حنيفة رحمه الله إذا عين قبل الاشتغال بالعمل » . وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٥٤٨ / ١ .

(٣) ٣١٤ / ٢ .

وجاء في المغني « وإن استنابه اثنان فأحرم عن أحدهما غير معين احتمال أن يصح لأن الإحرام يصح بالجهول فصح عن المجهول ، وله صرفه إلى من شاء منهما . اختاره أبو الخطاب ، فإن لم يفعل حتى طاف شوطا وقع عن نفسه »^(١) .

القول الثاني : أنه لا يجوز له التعيين ويقع عن نفسه . وبه قال بعض الحنابلة وأبو يوسف من الحنفية^(٢) .

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل أصحاب القول الأول بقياس إحرام الرجل بالحج على الإيهام ممن أمراه على إحرام الحاج عن نفسه مطلقا غير معين نسكا ، فكما أن إحرامه عن نفسه مطلقا صحيح ، وله أن يصرفه إلى من يشاء ، فكذلك إذا أبهم فله أن يعين قبل الشروع في أعمال الحج^(٣) .

دليل القول الثاني : واستدل أصحاب القول الثاني بأنه مأمور بالتعيين ، والإيهام يخالفه فيقع عن نفسه ، وليس أحدهما بأولى من الآخر^(٤) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن يقال : لانسلم أنه إذا أحرم مبهما يقع عن نفسه لأنه أخرجه عن نفسه بالإحرام لأحدهما مبهما ، وإذا لم يقع عن نفسه كان له تعيينه .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول ، ذلكم أن القول بإبطال حجه عمن وكله بمجرد إيهامه قول لا يساعده الدليل ، وقياس إحرام الرجل بالحج إحراما مبهما ممن أمراه على إحرام الحاج عن نفسه مطلقا غير معين نسكا قياس قوي ، فكما أن الإحرام في هذه المسألة صحيح ، وله أن يصرفه إلى من يشاء فكذلك إذا أبهم فلا فرق بين المسألتين فيما يظهر لي والله أعلم .

(١) ٢٣٦ / ٣ .

(٢) جاء في المغني ٣ / ٣١٦ « وإن استنابه اثنان فأحرم عن أحدهما غير معين احتمال أن يقع عن نفسه ، لأن أحدهما ليس أولى من الآخر فأشبهه مالهو أحرم عنهما » ، وجاء في الهداية للمرغيناني « وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير معين فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية ، وإن عين أحدهما قبل المضى فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين ، والإيهام يخالفه فيقع عن نفسه » انظر : الهداية مطبوع مع فتح القدير ٢ / ٣١٤ .

(٣) انظر : فتح القدير ٢ / ٣١٣ ، والمغني لابن قدامة ٣ / ٢٣٦ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣ / ٢٣٦ ، والشرح الكبير لأبي الفرج المقدسي ٢ / ١٣١ .

الفصل الثاني في المعاملات المالية

المبحث الأول : تصرفات الفضولي غير العقدية

نريد بتصرفات الفضولي غير العقدية التصرفات التي لا تسمى عقدا بالمعنى الأخص ، وهي التصرفات التي تكفي إرادة واحدة لإنشائها - وهذه التصرفات إسقاطات في الغالب - وذلك كالعتق والعطية والوقف والطلاق واليمين^(١) وما شابه ذلك .
والفقهاء حينما يتكلمون عن تصرفات الفضولي غير العقدية - وإن كان ذلك قليلا - فإن غالبيتهم لا يفرقون بينها وبين تصرفاته العقدية ، إلا أن بعض علماء المالكية فرقوا بينهما ، فأبطلوا التصرفات غير العقدية ، بينما جعلوا التصرفات العقدية للفضولي موقوفة على إجازة صاحب الحق ، وقد اختلف العلماء في حكم تصرفات الفضولي غير العقدية على قولين :

القول الأول : أنها باطلة ، وإليه ذهب بعض علماء المالكية ، وبه قال الإمام الشافعي في مذهبه الجديد ، والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم .

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير « وقف الفضولي ... غير صحيح ولو أجاز له المالك ؛ لخروجه بغير عوض بخلاف بيعه فصحيح ؛ لخروجه بعوض ومثل وقف الفضولي هبته ، وصدقته وعتقه ، فهو باطل ولو أجاز له المالك^(٢) .

(١) إذا عقد الإنسان اليمين فقد تصرف ، فاليمين داخلة في التصرفات ، جاء في بهجة المشتاق لأحكام الطلاق ص ٤٧٢ « رجل قال لامرأة الغير : إذا دخلت الدار فأنت طالق . فأجاز الزوج ، ثم دخلت طلقت ؛ لأن اليمين تصرف يملك الزوج مباشرته ، فيتوقف من الفضولي على إجازته » .

(٢) ٧٦ / ٤ وانظر شرح الخرشي على خليل ١٨ / ٥ ، والبهجة شرح التحفة للتسولي ٦٨ / ٢ ، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٨ .

وجاء في مغني المحتاج « بيع الفضولي باطل ، وكذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة ، كما لو زوج أمة غيره ، أو طلق منكوحته ، أو أعتق عبده أو أجر داره أو وهبها^(١) .

وجاء في الفروع « وإن باع أو اشترى بمال غيره أو طلق زوجته أو غير ذلك من التصرفات لم يصح . اختاره الأكثر^(٢) .

القول الثاني : أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن ، وهو من صدر التصرف لأجله ، فإن أجازها نفذت ، وإن ردها بطلت ، وبه قال الحنفية وبعض علماء المالكية ، وبه قال الإمام الشافعي في مذهبه القديم ، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة .

جاء في أحكام الأوقاف « قلت : إن قال : قد جعلت أرض فلان صدقة موقوفة لله عز وجل أبدا على فقراء المسلمين ، فبلغ صاحب الأرض ذلك ، فقال : قد أجزت ماصنعه فلان في أرضي ، قال : تكون وقفا ، قلت : وكذلك لو قال : جعلتها وقفا على قوم بأعيانهم ومن بعدهم على المساكين ، فأجاز صاحب الأرض ذلك ، قال : هو جائز وتصير الأرض وقفا على الوجوه التي سبلها وهي وقف من قبل مالكيها وإليه ولايتها^(٣) .

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير « وذكر بعضهم أن وقف الفضولي وهبته وصدقته وعتقه كبيعته إن أمضاه المالك مضى وإلا رد واختار ذلك القول شيخنا لأن المالك إذا أجاز فعله كان ذلك الفعل في الحقيقة صادرا منه^(٤) .

(١) ١٥/٢ ، وانظر نهاية المحتاج للرملي ٣٨٩/٢ ، والمجموع شرح المذهب (إدارة الطباعة المنيرية) ٢٥٩/٩ وفتح الجواد للهيتمي ٣٨٢/١ .

(٢) ابن مفلح ٣٦/٤ وانظر كشف القناع ١٥٧/٣ والمحرر في الفقه لأبي البركات ابن تيمية ٣١٠/١ والكافي لابن قدامة ٢٠/٢ .

(٣) الخصاص ص ١٢٩ وجاء في بدائع الصنائع للكاساني ٨٩/٥ « ولو أن رجلا قال : امرأة زيد طالق ، فقال زيد : قد أجزأت . لزمه الطلاق وكذلك لو قال : قد رضيت « وفي ١٤٩ « إذا طلق الفضولي امرأة البالغ ... ينعقد موقوفا على الإجازة » وجاء في جامع الفصولين ٣١٢/١ « قال لامرأة غيره : إن دخلت الدار فأنت طالق . فأجاز الزوج فدخلت الدار طلقت » وجاء في رد المحتار لابن عابدين ٢٤٢/٣ « كما أن نكاح الفضولي صحيح موقوف على الإجازة بالقول أو الفعل فكذلك طلاقه » .

وجاء في البحر الرائق ١٦٤/٦ : وصية الفضولي كما إذا أوصى بألف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير إن شاء سلم وإن شاء لم يسلم كالهبة .

(٤) ٧٦/٤ وانظر البهجة في شرح التحفة للتسولي ٦٨/٢ وشرح الخرشي على خليل ١٨/٥ .

وجاء في المجموع شرح المذهب « يجرى القولان^(١) فيما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه^(٢) » .

وجاء في المحرر « وعنه يصح تصرف الفضولي بكل حال ، ويقف على الإجازة^(٣) » .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بطلان تصرفات الفضولي غير العقدية بما يلي :

الدليل الأول : من القياس - وبه استدل الشافعية والحنابلة - فقاموا بالتصرفات

غير العقدية على التصرفات العقدية ، حيث أن العاقد لا ولاية له على إنشاء هذا التصرف ، فتبطل تصرفاته غير العقدية كالعقدية .

المناقشة :

يمكن أن يناقش دليلهم بأن القياس غير صحيح ؛ لأن حكم الأصل المقيس عليه موضع خلاف بين العلماء ، فمن العلماء من يقول بوقف تصرفات الفضولي العقدية لابطالها^(٤) .

وأما الولاية فتتحقق بالأهلية والمحلية ، وقد توافرا فينعتد تصرف الفضولي موقوفا على الإجازة .

الدليل الثاني : وبه استدل بعض المالكية وهو أن تصرفات الفضولي غير العقدية بدون عوض فتبطل ، بخلاف تصرفاته العقدية فإنها بعوض فتقف على الإجازة^(٥) ، وذلك لعدم المنفعة من التصرفات غير العقدية بخلاف العقدية .

(١) المراد بالقولين : القول بالبطلان والقول بعدم النفاذ .

(٢) المجموع شرح المذهب (إدارة الطباعة المنيرية) ٢٥٩ / ٩ وانظر روضة الطالبين ٣ / ٣٥٣ ، ومغني المحتاج ٢ / ١٥ ، ونهاية المحتاج للرملي ٢ / ٣٨٩ ، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١ / ١٥٩ .

(٣) المحرر لأبي البركات ابن تيمية ١ / ٣١٠ ، وانظر الفروع لابن مفلح ٤ / ٢٦ ، والكافي لابن قدامة ٢ / ٢٠ ، وكشاف القناع ٣ / ١٥٧ .

(٤) انظر فتح القدير لابن الهمام ٥ / ٣٠٩ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٥ / ١١٨ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٦ / ١٦٠ ، وشرح الخرشي على خليل ٥ / ١٨ ، والمغني لابن قدامة الحنبلي ٤ / ٢٢٨ .

(٥) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٧٦ .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش دليل الملكية بأن كون التصرفات بعوض أو بدون عوض لا أثر له في بطلان العقد ، أو وقف نفاذه ؛ لأن وقف التصرف من أجل رضا صاحب الحق ، فإذا رضي بذلك وأسقط حقه نفذ التصرف .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بوقف تصرفات الفضولي غير العقدية بما يلي :

أولا : قياس التصرفات غير العقدية على التصرفات العقدية ، وبما أن التصرفات العقدية موقوفة على الإجازة فكذلك التصرفات غير العقدية .

المناقشة :

ويناقش هذا الرأي بأن حكم الأصل غير متفق عليه ، فمن الفقهاء من يقول ببطلان تصرفات الفضولي العقدية^(١) .

ثانيا : أن الولاية بالنسبة لمن يتصرف في مال الغير شرط نفاذ لا شرط انعقاد ، وعدم توفر شرط من شروط النفاذ يترتب عليه عدم نفاذ العقد لا بطلانه .

الرأي المختار : والذي أميل إليه هو الرأي الثاني القائل بأن التصرفات غير العقدية إذا صدرت من الفضولي فإنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن للأمور الآتية :

أولا : أن القول بالوقف يحقق الحماية لصاحب الحق ، وربما يكون في تصرف الفضولي مصلحة فيجيزه .

ثانيا : أن فيه اعتبارا لتصرف الفضولي حيث لم يبلغ البتة ، وإنما جعل موقوفا على إجازة صاحب الشأن .

(١) انظر روضة الطالبين للنووي ٣/ ٣٥٣ والمغني لابن قدامة ٤/ ٢٢٨ .

المبحث الثاني : تبرع المرأة المتزوجة بما لها

اختلف العلماء في حكم تبرع المرأة المتزوجة بما لها على خمسة أقوال :
القول الأول : أن تصرفاتها نافذة في جميع ما لها بدون إذن زوجها ، وهو مذهب الحنفية والشافعية ، وهو المشهور من مذهب الحنابلة ، ومذهب الظاهرية .
أما الحنفية فإنهم لا يذكرون الحجر على المرأة في كتبهم ، فدل ذلك على أنهم يرون أن تصرفاتها نافذة بدون أن تتوقف على إذن زوجها أو غيره ، وقد صرح ابن قدامة وابن حزم بأن هذا هو مذهبهم .

جاء في المغني «ظاهر كلام الخرقى^(١) أن للمرأة الرشيدة التصرف في ما لها كله بالتبرع والمعاوضة، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر»^(٢) .

وقال ابن حزم : « لا يجوز الحجر على امرأة ذات زوج ولا بكر ذات أب ولا غير ذات أب - وصدقتهما وهبتهما نافذة ، كل ذلك من رأس المال - إذا حاضت . كالرجل سواء بسواء ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي »^(٣) .

وجاء في الأم « أي الزوجين صار إلى ولاية ماله فله أن يفعل في ماله ما يفعل غيره من أهل الأموال ، وسواء في ذلك المرأة والرجل وذات زوج كانت أو غير ذات زوج »^(٤) .

القول الثاني : أن تصرفاتها غير نافذة مطلقا - أي في القليل والكثير - بدون إذن زوجها ، وقد روي هذا القول عن أنس وطاووس^(٥) والحسن البصري^(٦) وهو رواية عند الحنابلة .

(١) الخرقى : هو عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد أبو القاسم الخرقى (بكسر الخاء وفتح الراء) نسبة إلى بيع الخرق ، صاحب المختصر المشهور في الفقه الحنبلي ، له غيره من المصنفات لكنها احترقت ، توفي سنة ٣٣٤ هـ - طبقات الحنابلة ٢ / ٧٥ ، ١١٨ ، المنهج الأحمد ٢ / ٥١ .

(٢) ٥١٣ / ٤ ، وانظر الكافي لابن قدامة ٢ / ٢٠٠ ، وكشاف القناع ٣ / ٤٥٦ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٤١٩ ، ٤٢٠ .
(٣) المحلى ٩ / ٢٢٣ .

(٤) ١٩٢ / ٣ .
(٥) هو طاووس بن كيسان اليماني أبو عبد الرحمن الحميري أدرك خمسين صحابيا ، قال عمرو بن دينار : مارأيت أحدا مثله قط ، توفي بمكة سنة ١٠٦ هـ .

الكاشف للذهبي ٢٠ / ٤١ ، طبقات الحفاظ ص ٣٤ .
(٦) هو أبو سعيد الحسن بن يسار البصري أحد كبار التابعين كان عالما فقيها حافظا زاهدا ورعا ثقة مأمونا فصيححا ولد بالمدينة سنة ٢١ هـ وتوفي بالبصرة سنة ١١٠ هـ . وفيات الأعيان ١ / ٣٥٤ ، ٣٥٦ رقم الترجمة ١٤٨ ، تذكرة الحفاظ ١ / ٧١ ، ٧٢ رقم الترجمة ٦٦ .

جاء في عمدة القاري : « القول الآخر لا يجوز لها أن تعطي من مالها شيئاً بغير إذن زوجها ، روي ذلك عن أنس وطاؤوس والحسن البصري »^(١) .

وجاء في الفروع « ولرشيدة التبرع من مالها بدون إذن الزوج ، وعنه لا . صححها في عيون المسائل »^(٢) .

القول الثالث : أن تصرفاتها بدون إذن زوجها غير نافذة إلا في الشيء اليسير ، وبه قال الليث بن سعد^(٣) . جاء في عمدة القاري : « وقال الليث : لا يجوز عتق المزوجة وصدقها إلا في الشيء اليسير الذي لا بد منه من صلة الرحم أو ما يتقرب به إلى الله تعالى »^(٤) .

القول الرابع : أن تصرفاتها بثلث مالها نافذة ، وما زاد يكون موقوفاً على سماح زوجها فإن سمح بذلك نفذ وإلا رد ، وهو المشهور من مذهب المالكية^(٥) ، وهو رواية عند الحنابلة .

جاء في الكافي لابن عبد البر « ولا يجوز للمرأة ذات الزوج وإن كانت رشيدة - عند مالك وأصحابه - أن تهب ولا تصدق بأكثر من ثلثها إلا بإذن زوجها ، فإن تصدقت بأكثر من ثلثها فزوجها بالخيار في إجازة ما زاد على الثلث من عطيتها أو رده »^(٦) .

(١) ١٣ / ١٥١ ، وجاء في فتح الباري ٥ / ٢١٨ « وخالف طاؤوس فمتع مطلقاً » .

(٢) ابن مفلح ٤ / ٣٢٥ .

(٣) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي بالولاء المصري إمام أهل مصر في الفقه والحديث ولد سنة ٩٤ هـ ، وهو إمام حنجة كثير التصانيف توفي بمصر سنة ١٧٥ هـ . وفيات الأعيان ٣ / ٢٨٠ رقم الترجمة ٥٢١ ، وتذكرة الحفاظ ١ / ٢٢٤ ، ٢٢٦ رقم الترجمة ٢١٠ .

(٤) ٣ / ١٥١ ، وانظر المحلى لابن حزم ٩ / ٢٢٦ .

(٥) هذا هو ما صرح به كثير من علماء المالكية كابن عبد البر والخرشي والدسوقي وغيرهم إلا أن ابن حزم ذكر أن مذهب مالك أنه ليس لذات الزوج إلا الثلث فقط تهبه وتتصدق به أحب زوجها أم كرهه فإذا زاد على الثلث رد الكل .. انظر المحلى لابن حزم ٩ / ٢٢٣ ، وبناء على ما ذكره ابن حزم ليس للزوج أن يأذن لها بما زاد على الثلث ، وإنما يجب عليه أن يرده كله ، والمشهور ما ذكرناه عن علماء المالكية . انظر شرح الخرشي على خليل ٥ / ٣٠٨ ، والتاج والإكليل للمواق ٥ / ٧٩ ، ومواهب الجليل للحطاب ٥ / ٧٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٣٠٨ .

(٦) ٢ / ٨٣٤ .

وجاء في المغني : « وعن أحمد رواية أخرى ليس لها أن تصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها ، وبه قال مالك »^(١) .

القول الخامس : أن تصرفها بثلث مالها نافذ ، وإذا تصرفت بزائد على الثلث فللزواج أن يرد الجميع ، وهو رواية في مذهب المالكية ، وإليه ذهب ابن القاسم .
جاء في الكافي لابن عبد البر « وقيل له رد هبتها أو صدقتها كلها إذا زادت على ثلثها ، وكل ذلك مذهب مالك وإليه ذهب ابن القاسم »^(٢) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن تصرف الزوجة في مالها نافذ بدون إذن زوجها بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْمُسِدِّقِينَ وَالْمُسِدِّقَاتِ ﴾^(٣) الآية وقوله تعالى : ﴿ وَأَنْفِقُوا مِنْ مَا رَزَقْنَاكُمْ ﴾ الآية^(٤) .

توجيه الاستدلال : ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الله سبحانه وتعالى حث المؤمنين على الصدقة والإنفاق ، وذلك عام لجميع الرجال والنساء حيث صرح بلفظ المتصدقات في الآية الأولى ، وفي الآية الثانية أتى بلفظ الجمع مخاطبا المؤمنين ، ويدخل فيه النساء ، فدل ذلك على أن للمرأة أن تبرع دون أن يوقف ذلك على رضا أحد .
الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾^(٥) .

(١) ٥١٣ / ٤ ، وجاء في الفروع ٣٢٥ / ٤ « ولرشيده التبرع من مالها بدون إذن زوجها ، وعنه لا . صححها في عيون المسائل ، وعنه بزيادة على الثلث . نصره القاضي وأصحابه » .

(٢) ٨٣٤ / ٢ وجاء في التاج والإكليل للمواق ٧٩ / ٥ « وله رد الجميع إن تبرعت بزائدة . وانظر قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٣٣٨ ، وشرح الخرشي على خليل ٣٠٦ / ٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٨ / ٣ .

(٣) سورة الحديد آية ١٨ .

(٤) سورة المنافقون آية ١٠ .

(٥) سورة النساء آية ٤ .

وجه الدلالة : إن المرأة إذا طابت نفسها بشيء وأعطته لزوجها فذلك تصرف جائز ومباح ، فدل على عدم الحجر عليها في تصرفاتها ، وإذا كان ذلك جائزا للأزواج فلا مانع من جوازها لغيرهم لعدم الحجر عليها .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ وَابْتُلُوا الَّتِي تَمْنَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . الآية (١) .

وجه الدلالة : أن من بلغ رشيدا سواء أكان ذكرا أم أنثى متزوجا أو غير متزوج فإنه يدفع إليه ماله ، ويجوز له التصرف فيه بالتبرع وغيره .

الدليل الرابع : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . الآية (٢) .

وجه الدلالة : إن للمرأة أن تدفع لزوجها ماتفك به نفسها عند مخالعتها لها ، وقد أحل الله أخذه للرجل ، كما حل له أن يدفع من ماله لغيره ما يصلح به ، من غير تحديد بثلاث أو غيره ، فكذاك الزوجة لا حجر عليها وتصرفاتها نافذة في جميع مالها (٣) .

الدليل الخامس : قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (٤) .

وجه الدلالة :

إن الله سبحانه لم يفرق بين الزوجين حين ذكر أن لكل واحد منهما أن يوصي بماله وفي لزوم دين كل واحد منهما له في ماله ، فللزوجة إذن أن تعطي من شاءت بغير إذن زوجها إذ مادام من حق الزوج أن يعطي من شاء فكذاك الزوجة .

(١) سورة النساء آية ٦ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٣) انظر كتاب الأم للشافعي ١٩٣ / ٣ .

(٤) سورة النساء آية ١٢ .

الدليل السادس : عن أسماء^(١) أن رسول الله ﷺ قال : « أنفقي ولا تحصي فيحصى الله عليك ، ولا توعى فيوعى الله عليك »^(٢) . رواه البخاري^(٣) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن النبي ﷺ أمر أسماء أن تتصدق من مالها من غير تحديد ، ومن دون أن تستأذن زوجها ، وفيه دليل على جواز تصرف المرأة بمالها إذا كانت رشيدة دون توقف على إذن أحد .

الدليل السابع : عن كريب^(٤) مولى ابن عباس « أن ميمونة بنت الحارث^(٥) رضي الله عنها أخبرته أنها اعتقت وليدة ، ولم تستأذن النبي ﷺ فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت : أشعرت يارسول الله أني اعتقت وليدتي ؟ قال : أو فعلت ؟ قالت : نعم ، قال : أما وإنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك » . رواه البخاري^(٦) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن النبي ﷺ لم ينكر على ميمونة إعتاقها وليدتها من دون استئذانه ، ولو كان استئذان الزوج شرطا في تصرف المرأة في مالها

(١) أسماء بنت أبي بكر الصديق واسم أبي بكر عبد الله بن عثمان أسلمت قديما بمكة بعد سبعة عشر نفسا ، وتزوجها الزبير بن العوام وهاجرت وهي حامل منه بولده عبد الله فوضعت بقباء ، وعاشت إلى أن ولي ابنها الخلافة ثم إلى أن قتل ومات بعده بقليل وكانت تلقب ذات النطاقين توفيت سنة ٧٤هـ وقيل سنة ٧٣هـ . أسد الغابة ٥ / ٢٩٣ ، الإصابة ٤ / ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(٢) معناه : لا تجمعني وتشحي بالنفقة فيشح عليك وتجاوزني بتضييق رزقك . النهاية في غريب الحديث والأثر ٥ / ٢٠٨ .

(٣) انظر فتح الباري ٥ / ٢١٧ رقم الحديث ٢٥٩٠ ، ٢٥٩١ .

(٤) هو كريب بن أبي مسلم الهاشمي مولاهم أبو رشدين ، أدرك عثمان وروى عن مولاه ابن عباس وأمه أم الفضل وأختها ميمونة بنت الحارث وغيرهم وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ٩٨هـ ، الكاشف للذهبي ٨ / ٢ ، تهذيب التهذيب ٨ / ٤٣٣ .

(٥) هي ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية أم المؤمنين زوج النبي ﷺ كان اسمها برة ، فسماها النبي ﷺ ميمونة ، تزوجها رسول الله ﷺ في ذي القعدة لما اعتمر عمرة القضية ، أرسل رسول الله ﷺ جعفر بن أبي طالب إليها فخطبها فجعلت أمرها إلى العباس بن عبد المطلب فزوجها من رسول الله ﷺ توفيت سنة ٥١هـ . أسد الغابة ٥ / ٥٧١ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٤ / ٤١١ ، ٤١٣ .

(٦) فتح الباري ٥ / ٢١٧ رقم الحديث ٢٥٩٢ .

لأمرها النبي ﷺ ألا تتصرف إلا بإذنه ، وفيه دليل على عدم ولاية الزوج على مال زوجته وأنها حرة التصرف فيه .

الدليل الثامن : عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : جاءت زينب^(١) امرأة ابن مسعود فقالت : يا رسول الله إنك أمرت اليوم بالصدقة ، فكان عندي حلي لي ، فأردت أن أتصدق به ، فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من أتصدق به عليهم ، فقال النبي ﷺ : « صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم » . رواه البخاري^(٢) .

ففي الحديث أن زينب رضي الله عنها تصدقت من غير أن يأذن لها ابن مسعود ، ولم يعترض عليها لعدم ملكيته للتصرف في مالها ، بدليل أنه طلب منها أن تتصدق به عليه وعلى ولده ، فدل ذلك على أن المرأة المتزوجة لها أحقية كاملة بالتصرف في مالها من دون أن يوقف ذلك على إذن الزوج أو أن يحدد بنسبة معينة .

الدليل التاسع : عن جابر^(٣) قال : شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فبدأ بالصلاة قبل الخطبة بلا أذان ولا إقامة ، ثم قام متوكئا على بلال فأمر بتقوى الله وحث على طاعته ، ووعظ الناس وذكرهم ، ثم مضى حتى أتى النساء ووعظهن وذكرهن ، وقال : « تصدقن فإن أكثركن حطب جهنم » فقامت امرأة من سطة^(٤) النساء، سفعاء الخدين^(٥) فقالت لم يا رسول الله؟ قال: لأنكن تكثرن الشكاة^(٦) وتكفرن العشير^(٧)»

(١) هي زينب بنت عبد الله بن معاوية بن عتاب بن الأسد ، روت عن النبي ﷺ وعن زوجها عبد الله بن مسعود ، وعمر بن الخطاب ، وروى عنها بسر بن سعيد وابنها أبو عبيدة . الاستيعاب ٤ / ١٨٥٦ ، أسد الغابة ٥ / ٤٧٠ ، تهذيب التهذيب ١٢ / ٤٢٢ .

(٢) انظر فتح الباري ٣ / ٣٢٥ رقم الحديث ١٤٦٢ .

(٣) هو أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي صحابي جليل حافظ روى عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة وشهد بيعة الرضوان توفي بالمدينة سنة ٧٤ هـ وهو ابن ٩٤ سنة . الاستيعاب ١ / ٢١٩ ، ٢٢٠ رقم الترجمة ٢٨٦ ، أسد الغابة ١ / ٢٥٦ - ٢٥٨ .

(٤) قوله « من سطة النساء » أي من أوساطهن حسباً ونسباً والوسط العدل والخيار والمراد من خيارهن ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢ / ٣٦٦ .

(٥) السفعاء : السفعة وزان غرفة سواد مشرب بحمرة . والذكر أسفع والأثنى سفعاء ، المصباح المنير ١ / ٢٩٩ .

(٦) الشكاة : الذم والعيب ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢ / ٤٩٧ .

(٧) العشير : الزوج وهو فعيل من العشرة : أي الصحبة ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٣ / ٢٤٠ .

قال : فجعلن يتصدقن من حلين يلقين في ثوب بلال من أقراطهن^(١) وخواتيمهن « .
رواه مسلم^(٢) .

توجيه الاستدلال :

أن النبي ﷺ أمر النساء بالصدقة وفعلن ذلك أمامه دون إذن أزواجهن ، فدل ذلك على جواز صدقة المرأة من مالها من غير توقف على إذن زوجها أو على مقدار معين من مالها كالثالث لعدم الاستفصال عن ذلك كله .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن هذه الواقعة حصلت في يوم عيد والأزواج حاضرون فأذنوا بعد سماعهم ترغيب النبي ﷺ في الصدقة فتصدق النساء بعد إذن أزواجهن^(٣) .

الجواب عن هذه المناقشة :

وأجيب عن هذه المناقشة بعدم التسليم أن أزواجهن كانوا حضوراً لأن ذلك لم ينقل ، ولو نقل فليس فيه تسليم أزواجهن لهن ذلك ، فإن من ثبت له حق فالأصل بقاؤه حتى يصرح بإسقاطه^(٤) .

الدليل العاشر : عن ابن أبي مليكة^(٥) أن أسماء بنت أبي بكر الصديق قالت : كنت أخدم الزبير خدمة البيت ، وأسوس فرسه ، وكنت أحتش له وأقوم عليه ... ثم جاء النبي ﷺ فأعطاهما خادماً ثم ذكرت حديثاً ، وفيه أنها باعتهما قالت : فدخل علي الزبير وثمنها في حجري فقال هبها إلي قالت : أني لكن تصدقت بها^(٦) .

(١) القرط : نوع من حلي الأذن معروف يجمع على أقراط وقرطة وأقرطة . النهاية في غريب الحديث ٤ / ٤١ .

(٢) صحيح مسلم ٢ / ٦٠٣ .

(٣) انظر نيل الأوطار ٦ / ٢١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) ابن أبي مليكة : وهو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة ويقال أبو محمد التيمي المكي كان قاضياً لابن الزبير ومؤذناً له رأى ثمانين من الصحابة وهو ثقة كثير الحديث توفي سنة ١١٨ هـ . الكاشف للذهبي ٢ / ٤١ ، تهذيب التهذيب ٥ / ٨-٩ .

(٦) المحلى لابن حزم ٩ / ٢٢٦ .

وفي هذا الأثر تصريح بجواز عطية المرأة من مالها إذا كانت رشيدة لأن أسماء أنفذت الصدقة بثمان خادمتها ، ولم تستأذن زوجها رغم رغبته فيه ، وواضح من سياق الأثر أن أسماء لم تكن تملك شيئاً غيرها ، أو كان أكثر مامعها .

الدليل الحادي عشر : من المعقول ، وهو أن من وجب دفع ماله إليه لرشد جاز له التصرف فيه من غير إذن ، كالغلام ولأن المرأة من أهل التصرف ، ولاحق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه^(١) .

أدلة القول الثاني :

استدل من قال بأن تصرف الزوجة في مالها بدون إذن زوجها لا يصح مطلقاً لافي قليل ولا كثير بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ الرَّجَالُ قَوَّموْنَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ .. ﴾ الآية^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية بأن يقال : إن الآية أثبتت القوامة للرجال على النساء ، فلا تتصرف المرأة في مالها إلا بإذنه لقوامته عليها .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذه الآية بأن يقال : إنه ليس في الآية ما يفيد أن تصرف المرأة في مالها لا يصح إلا بإذن زوجها ، إذ أن الآية لم تتعرض لذلك ، وإنما تعرضت لوجوب نفقة الزوجة على زوجها ، ووجوب طاعته وعدم عصيانه ، والآية عامة في جميع الرجال ممن لهم حق القوامة سواء كانوا آباء أم إخواناً أم أوصياء ، ولم يقل القائلون بعدم صحة تصرف المرأة بدون إذن زوجها بأن تصرفها لا يصح لأجل الأب والأخ - إذا كانت رشيدة - بل جعلوا تصرفها بدون إذنهما صحيحاً ، فكذلك الزوج ، وبهذا يتبين أنه لا دليل في الآية على ذلك .

(١) المغني لابن قدامة ٤ / ٥١٤ .

(٢) سورة النساء آية ٣٤ .

الدليل الثاني : ماروي أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها » رواه أحمد وأبو داود والنسائي ، وفي لفظ : « لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها » رواه أبو داود وابن ماجه^(١) .

وقد أفاد هذا الحديث أنه لا يجوز للمرأة عطية إلا بإذن زوجها وذلك عام في القليل والكثير .

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بأنه محمول على حسن العشرة واستطابة النفس ، أو أن المراد به السفينة غير الرشيدة ، لأنه قد ثبت أن رسول الله ﷺ قال للنساء : « تصدقن » فجعلت المرأة تلقي القرط والخاتم وبلال يتلقاها بكسائه ، وهذه عطية بغير إذن أزواجهن^(٢) .

الدليل الثالث : عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك » . رواه البخاري^(٣) .

(١) الحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد في مسنده ٢٠٧/١٠ - ٢١١ رقم الحديث ٦٦٨١ و ٢٠/١١ رقم الحديث ٦٧٢٨ قال الشيخ أحمد شاكر : إسناده صحيح . وأخرجه أبو داود في سننه ٣/٨١٥ ، ٨١٦ رقم الحديث ٣٥٤٦ ، ٣٥٤٧ (تحقيق الدعاس) ، والنسائي في سننه ٥/٦٥ ، وابن ماجه في سننه ٢/٧٩٨ رقم الحديث ٢٣٨٨ ، والحاكم في المستدرک ٢/٤٧ وقال : « صحيح الإسناد ولم يخرجاه » ووافقه الذهبي . وقد ضعف العلامة ابن قدامة هذا الحديث وقال : إن شعيبا لم يدرك جده عبد الله بن عمرو فالحديث مرسل . انظر المغني ٤/٥١٤ .

قلت : وقد ذكر البخاري أن شعيبا سمع عبد الله بن عمرو . انظر التاريخ الكبير ٤/٢١٨ ، وكلام العلماء في رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده كثير ، قال ابن حجر : عمرو بن شعيب ضعفه ناس مطلقا ووثقة الجمهور ، وضعف بعضهم روايته عن أبيه عن جده فحسب . اهـ تهذيب التهذيب ٨/٥١ . وقال ابن معين : إذا حدث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهو كذاب . انظر التاريخ لابن معين ٢/٤٤٦ . وطبقات المدلسين لابن حجر ص ٢٤ . وقال الشوكاني عن هذا الحديث : « الحديث سكت عنه أبو داود والمنذري ... وفي إسناده عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وحديثه من قسم الحسن » . انظر نيل الأوطار ٦/١٢٤ .

(٢) معالم السنن للخطابي مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٩٤ .

(٣) انظر فتح الباري ٩/١٣٢ رقم الحديث ٥٠٩٠ ، وقد روى هذا الحديث الإمام أحمد في مسنده ٣/٨٠ بلفظ : « تنكح المرأة على إحدى خصال ثلاث على مالها ، وتنكح المرأة على جمالها ، وتنكح المرأة على دينها فخذ ذات الدين تربت يمينك » .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الرسول ﷺ عدّ المال من المرغبات في نكاح المرأة ، والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها لكي يتبسط فيه ، وينتفع به فإذا أعسر بالنفقة أنظرته ، ومن هنا وجب ألا يصح تصرفها في مالها إلا بإذنه لتعلق حقه به .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال إن كون الرجل ينكح المرأة من أجل مالها لا يدل على عدم صحة تصرفها فيه بغير إذنه ، وإنما جرت العادة أن المرأة لا تبخل على زوجها بمالها ، فتقرضه أو تساعدته فربما يرغب بها الزوج من أجل ذلك ، ولا يقال إنه لا يصح تصرفها في مالها بدون إذنه لأن مساعدتها له من باب المعروف ، فلو منعه لم يملك إجبارها ، وكما أن المرأة تنتفع عادة بمال زوجها وتتبسط به ولم يقل أحد إن الزوج لا يصح تصرفه في ماله إلا بإذن زوجته فكذلك الزوجة . وذكر الرسول ﷺ لذلك المراد به بيان الصفات التي ترغب الناس في نكاح النساء ، ولذلك حثهم على نكاح المرأة من أجل دينها وخلقها ، فقال : « فاظفر بذات الدين تربت يداك » وإذن فليس في الحديث دلالة على عدم صحة تصرف المرأة في مالها .

دليل القول الثالث : واستدل القائلون بمنع الزوجة من التصرف بمالها إلا بإذن زوجها إلا في الشيء اليسير بأدلة القول الثاني . وعللوا جواز تصرفها بالشيء اليسير بأن الحاجة داعية إليه من أجل التقرب إلى الله تعالى وصلة الرحم^(١) .

المناقشة :

أما الأدلة الدالة على منع المرأة من التصرف بمالها فقد سبقت مناقشتها وأما إجازة الشيء اليسير من أجل التقرب إلى الله تعالى وصلة الرحم ففيه دعوة إلى جواز التبرع بالكثير ؛ لأن المرأة ربما تريد التبرع بذلك ليعظم أجرها وثوابها عند الله تعالى .

دليل القول الرابع :

استدل القائلون بأن تصرفها بثلاث مالها نافذ ومازاد يكون موقوفا على سماح زوجها بما يلي :

(١) انظر عمدة القاري للعيني ١٣ / ١٥١ .

أولا : استدلوأ بأدلة القول الثاني المانعة من تصرف المرأة بما لها ، وبأدلة القول الأول المجيزة للتصرف ، وحملوا أدلة القول الثاني على مازاد على الثلث وأدلة القول الأول على الثلث. فأقل ؛ جمعا بين الأدلة ، فقالوا : إن تصرف المرأة بما زاد على الثلث يكون موقوفا على سماح زوجها^(١) .

مناقشة الاستدلال :

يمكن أن يناقش ما استدلوأ به بأن أدلة القول الثاني مانعة المرأة من التصرف بما لها كله ، وأدلة القول الأول تجيز التصرف لها مطلقا ، وليس في الأحاديث ما يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم لا دليل عليه .

ثانيا : استدلوأ بالقياس فقاسوا تصرف المرأة على تصرف المريض مرض الموت ، والمريض يكون تصرفه فيما زاد على ثلث ماله موقوفا على إذن الورثة ، فكذلك المرأة بجامع تعلق حق الزوج بالمال ، كتعلق حق الورثة بمال المريض^(٢) .

المناقشة :

وأجيب عن هذا القياس بأنه غير صحيح ، وذلك لأن المرض يفضي إلى وصول المال لهم بالميراث ، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما ، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الورثة بدون المرض^(٣) .

دليل القول الخامس : وأما القائلون بأن للزوج أن يرد جميع ما تبرعت به زوجته إذا زاد على الثلث فلم أجد لهم دليلا ، ولكن يمكن أن يعلل ما ذهبوا إليه بأن الزوجة إذا تبرعت بأزيد من الثلث فقد خالفت ما أمر به الشارع ، وصدر تصرفها كله موصوفا بالمخالفة لأمر الشارع فيملك الزوج رد الجميع . وهذا مبني على الرواية السابقة للمالكية من أن الثلث هو المسموح للزوجة بالتصرف به وما عداه لا يجوز . وقد سبق الجواب عنه .

(١) انظر فتح الباري ٥ / ٢١٩ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة ٤ / ٥١٤ .

(٣) المرجع السابق .

• الترجيح :

والذي أرجحه هو القول الأول وهو أن تصرفات الزوجة نافذة في القليل والكثير في مالها ، وليس للزوج حق أن يمنعها من التصرف في مالها لقوة أدلته وصراحتها وسلامتها من المناقشة والتأويل ، كما أن الزوجة كاملة الأهلية وتصرفاتها نافذة قبل الزواج ، وليس زواجها منقضا لأهليتها والله الموفق .

المبحث الثالث : حكم تصرفات المدين بعد الحجر عليه

المراد بتصرفات المدين في هذا المبحث هي التصرفات التي لها علاقة بالغرماء ، وهي التصرفات المالية ، أما غير المالية فإن تصرفات المدين فيها تعتبر نافذة كعفوه عن قصاص وجب له على غيره بلا مال ، وكطلاق زوجته ونحو ذلك . ويظهر من تتبع نصوص الفقهاء أنهم لا يفرقون بين التصرفات العقدية والتصرفات غير العقدية - بعد الحجر ^(١) - مما يدل على أن حكمها واحد ^(٢) .

وقبل أن نتكلم عن حكم تصرفات المدين بعد الحجر ، لابد أن نوضح خلاف العلماء في حكم الحجر على المدين ؛ لأن من لا يرى مشروعية الحجر على المدين يعتبر تصرفاته نافذة ، وقد اختلف العلماء في حكم الحجر على المدين إذا كان دينه محيطا بماله ، وطلب الغرماء الحجر عليه على قولين .

(١) الحجر في اللغة المنع من التصرف ، المصباح المنير ١ / ١٣٢ مادة حجر .

والمراد بالحجر على المدين : منعه من التصرف بماله بكل ما يمس حقوق الغرماء ، انظر المغني لابن قدامة ٤ / ٤٨٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٧٣ ، والنظم المستعذب في شرح غريب المذهب ١ / ٣٣٥ ، ومغني المحتاج للشربيني ٢ / ١٦٥ ، والاختيار لتعليل المختار ٢ / ٩٤ .

(٢) انظر في عدم تفريق الفقهاء بين التصرفات العقدية وغير العقدية ، المغني لابن قدامة ٤ / ٤٨٦ ، والشرح الكبير على متن المقنع ٢ / ٥٣٤ ، والمحزر لأبي البركات ابن تيمية ١ / ٣٤٥ ، والإقناع للحجاوي ٢ / ٢١٠ ، وكشاف القناع ٣ / ٤٢٣ ، ومنار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ١ / ٣٨٠ ، ٣٨١ . والمذهب للشيرازي ١ / ٣٢٨ ، والمجموع شرح المذهب ١٢ / ٢٩٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ ، وروضة الطالبين للنووي ٤ / ١٣٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٣٥ ، والبكافي لابن عبد البر ٢ / ٨٢٨ وبداية المجتهد ٢ / ٢٨٦ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٢٦٣ ، وشرح الخرشي على خليل ٥ / ٢٦٦ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٨ / ٨٣ وتبيين الحقائق ٥ / ١٩٩ ، وحاشية ابن عابدين ٥ / ٩٩ .

القول الأول : أن الحجر واجب على المدين في ماله إذا طلبه الغرماء وبه قال جمهور العلماء ، وهم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وعلى قولهما الفتوى في مذهبهما .

أما فيما يتعلق بمذهب المالكية فقد جاء في القوانين الفقهية : « إذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بديونه ، وقام الغرماء عند القاضي فإنه يجرى على المدين في ذلك أحكام الرابع أن يحجر عليه فلا ينفذ تصرفه في ماله »^(١) .

وبالنسبة لمذهب الشافعية جاء في روضة الطالبين : « يحجر القاضي على المفلس بالتماس الغرماء الحجر عليه بالديون الحالة الزائدة على قدر ماله »^(٢) .

وأما فيما يتعلق بمذهب الحنابلة ، فقد جاء في المغني : « متى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم »^(٣) .

وعن رأى الإمام أبي يوسف ومحمد جاء في البحر الرائق : « وعندهما يجوز الحجر عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى »^(٤) .

القول الثاني : أنه لا يجوز الحجر على المدين ولو طلب ذلك غرماءه وبه قال الإمام أبو حنيفة جاء في الهداية « قال أبو حنيفة : لا أحجر في الدين إذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه »^(٥) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بالحجر على المدين المحاط بالدين إذا طلبه الغرماء بما يلي :

(١) ص ٣٣٤ وانظر بداية المجتهد ٢/ ٢٨٦ ، والكافي لابن عبد البر ٢/ ٨٢٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٦٣ .

(٢) ٤/ ١٣٧ ، وانظر المجموع شرح المذهب ١٢/ ٢٩٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ .

(٣) ٤/ ٤٨٦ ، وانظر الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة المقدسي ٢/ ٥٣٤ ، والمحزر لأبي البركات ابن تيمية ١/ ٣٤٥ ، والإقناع للحجاوي ٢/ ٢١٠ ، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٤٢٣ .

(٤) ٨/ ٨٣ .

(٥) ٧/ ٣٢٤ ، (مطبوع مع تكملة فتح القدير) .

الدليل الأول : عن كعب بن مالك^(١) أن النبي ﷺ حجر على معاذ^(٢) ماله وباعه في دين كان عليه^(٣) .

ففي هذا الحديث دليل صريح على مشروعية الحجر على المدين حيث حجر الرسول ﷺ على معاذ وباع ماله في دين كان عليه .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث :

قال السرخسي مناقشا للمستدلين بهذا الحديث : « إنما باع رسول الله ﷺ مال معاذ بسؤاله ، لأنه لم يكن في ماله وفاء دينه فسأل رسول الله ﷺ أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله ﷺ فيصير فيه وفاء بديونه » .

وتأييدا لما ذكره من أن بيع مال معاذ كان بناء على طلبه لا بطلب غرمائه قال : « ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أنه كان يأبى أمر رسول الله ﷺ له ببيع ماله حتى يحتج ببيعه عليه بغير رضاه ، فإنه كان سمحا جوادا لا يمنع أحدا شيئا ولأجله ركبته الديون ، فكيف يمتنع من قضاء دينه بماله بعد أمر رسول الله ﷺ »^(٤) وعليه فإن بيع مال معاذ كان بطيب نفس منه ، ورغبة في أن يبيع الرسول ﷺ ماله لأجل البركة لا بغير رضا منه .

(١) هو كعب بن مالك بن أبي كعب واسم أبي كعب عمرو بن القين بن سواد بن غنم الأنصاري الخزرجي السلمي يكنى أبا عبد الله وقيل أبو عبد الرحمن شهد العقبة ، ولما قدم رسول الله ﷺ المدينة آخى بينه وبين طلحة بن عبيد الله . ولم يتخلف عن رسول الله ﷺ إلا في غزوة تبوك تخلف لشدة الحر ، وهو أحد الثلاثة الذين خلفوا ﴿ حَتَّى إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ .. ﴾ الآيات وهو أحد شعراء النبي ﷺ اختلف في وفاته فقيل سنة ٥٠ هـ وقيل سنة ٥١ هـ ، أسد الغابة ٢٤٧ / ٤ ، الإصابة ٣ / ٣٠٢ ، تهذيب التهذيب ٨ / ٤٤٠ .

(٢) هو معاذ بن جبل بن عمرو الأنصاري أبو عبد الرحمن الإمام المقدم في علم الحلال والحرام كان من أجمل الرجال وشهد المشاهد كلها وأمره النبي ﷺ على اليمن وكانت وفاته بالشام بالطاعون سنة ١٧ هـ . وله من العمر ٣٤ سنة وقيل غير ذلك .

الإصابة لابن حجر ٣ / ٤٠٦ (طبعة دار الكتاب العربي) تهذيب التهذيب ١٠ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٣) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ / ٤٨ ، والحاكم في المستدرک ٢ / ٥٨ ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . وقال ابن حجر : « قال ابن الطلاع في الأحكام : هو حديث ثابت وكان ذلك سنة تسع وحصل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم انظر تلخيص الجبير ٣ / ٣٧ حديث رقم ١٢٣٣ .

(٤) المبسوط ٢٤ / ١٦٦ .

الجواب عن هذه المناقشة :

ويمكن الإجابة عما أورده السرخسي بأن يقال :

أولا : أن الحديث صريح وتأويلك هذا متكلف ، وبعيد عن مدلول الحديث ذلك أن قوله : « حجر النبي ﷺ على معاذ » صريح بأن الحجر جاء من النبي ﷺ وليس من معاذ ، وقوله : إن الحجر على معاذ كان بطلب منه حمل للحديث على المعنى المجازي بلا قرينة والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقته ما لم تتعذر وهي هنا غير متعذرة .

ثانيا : أنه قد ثبت أن بيع مال معاذ لم يكن برغبته ، وإنما بطلب غرمائه فقد روى الزهري^(١) عن ابن كعب بن مالك وسماءه أبو داود عبد الرحمن^(٢) أن معاذ بن جبل لم يزل يذّان حتى أغلق ماله فأتى غرماءه إلى النبي ﷺ فطلب معاذ إلى النبي أن يسأل غرماءه أن يضعوا أو يؤخروا فأبوا ، فلو تركوا لأحد من أجل أحد لتركوا لمعاذ من أجل رسول الله ﷺ فباع النبي ماله كله في دينه حتى قام معاذ بغير شيء^(٣) .

وبهذا يتضح أن حجر النبي ﷺ على معاذ كان بطلب غرمائه ، وإنما كان سؤال معاذ هو أن يكلم الرسول غرماءه أن يضعوا له شيئا أو يؤخروا المدة ، وليس سؤاله للنبي ﷺ أن يبيع ماله .

وأما قول السرخسي : إن معاذ لا يأبى أمر رسول الله فنقول : نعم ، ولكن الرسول لم يأخذ رأي معاذ في بيع ماله ، وإنما استجاب لطلب غرمائه ، والبركة حاصلة لمعاذ ببيع النبي ﷺ في كلتا الحالتين .

(١) الزهري : هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب المديني أحد الأعلام نزل الشام وروى عن ابن عمر وجابر وأنس وغيرهم من الصحابة وخلق من التابعين ، وعنه أبو حنيفة ومالك وعطاء وعمر بن عبد العزيز وغيرهم توفي سنة ١٢٤ هـ . تذكرة الحفاظ ١ / ١٠٨ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٢ .

(٢) هو عبد الرحمن بن كعب بن مالك الأنصاري يكنى أبا الخطاب روى عن أبيه وأخيه عبد الله بن كعب وأبي قتادة وجابر وعائشة ، وعنه ابنه كعب وأبو أمامة بن سهل بن حنيف . وهو ثقة عند المحدثين توفي في خلافة سليمان بن عبد الملك وقيل في خلافة هشام . الكاشف للذهبي ٢ / ١٨٣ ، تهذيب التهذيب ٦ / ٢٥٩ .

(٣) المراسيل لأبي داود ص ٢٠ (الطبعة الأولى المطبعة العلمية سنة ١٣١٠ هـ) .

الدليل الثاني : مارواه الدارقطني بإسناد متصل أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي فيها فيسرع المسير ، فيسبق الحاج فأفلس ، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : أما بعد أيها الناس فإن الأسيف^(١) أسيف جهينة قد رضي دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج - وفيه - ألا وإنه قد آذان^(٢) معرضاً فأصبح وقد رين به^(٣) فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه^(٤) ، وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب^(٥) .

وحجر عمر رضي الله عنه على الأسيف حينما أفلس وركبه الدين في ماله وإعطاؤه للغرماء دليل مشروعية الحجر على المدين .

المنافشة :

قال السرخسي مناقشاً جمهور العلماء في استدلالهم بهذا الحديث ، « يحمل على أن ماله كان من جنس الدين ، وإن ثبت البيع فإنما كان ذلك برضاه » وتأيداً لذلك قال السرخسي : « إن القائلين بالحجر لا يحجر عندهم على المدين إلا بطلب غرمائه ، ولم ينقل أن الغرماء طلبوا من عمر ذلك ، وإنما المنقول أنه ابتدأهم بذلك ، وأمرهم أن يغدوا إليه فدل ذلك على أنه كان برضاه »^(٦) .

(١) الأسيف الجهني أدرك النبي ﷺ وكان يسبق الحاج والأسيف علم وهو في الأصل تصغير الأسفع من السفعة وهي سواد مشرب بحمرة ، انظر الإصابة ١ / ١٠٦ والفائق في غريب الحديث ٢ / ١٨٤ ، والنظم المستعذب ١ / ٣٢٧ .

(٢) آذان : أي استدان ما وجد ممن وجد ، ومن أي غرض تأتي له غير مميز ولا مبال بالتبعة / انظر الفائق في غريب الحديث ٢ / ١٨٤ ، والنظم المستعذب ١ / ٣٢٧ .

(٣) رين به : بالراء أي وقع فيما لا يستطيع الخروج منه وفي رواية دين به : بالدال أي أصبح ذا دين . انظر الفائق في غريب الحديث ٢ / ١٨٥ ، والنظم المستعذب ١ / ٣٢٧ .

(٤) غرمائه : الغريم من الأضداد يقال لمن عليه الدين ولمن له الدين ، وأصله من الغرم وهو أداء ما يطالب به واجبا كان أو غير واجب ، وقال الفراء : سمي غريماً لإدامته التقاضي والحاجة ، النظم المستعذب ١ / ٣٢٧ .

(٥) جاء في تلخيص الحبير ٣ / ٤٠ عن هذا الحديث « رواه مالك في الموطأ بسند منقطع ، ووصله الدارقطني في العلل » ١ هـ ، وانظر موطأ مالك ٢ / ٧٧٠ ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٦ / ٤٩ .

(٦) المبسوط ٢٤ / ١٦٦ .

الجواب عن هذه المناقشة :

ويمكن أن يجاب عما ذكره السرخسي بأن يقال : لا نسلم أن ماله كان من جنس الدين ، بدليل أنه كان يشتري الرواحل والرواحل ليست من جنس الدين ، وأما قوله : إن بيع عمر كان برضا الأسيفع فهي دعوى عارية عن الدليل والحديث يدل على خلاف ذلك من وجهين :

الأول : قوله (فرفع أمره إلى عمر) وهو صريح بأن أمره قد رفع ، ولم يكن هو الذي رفعه ، ومن المعلوم أنه لن يرفعه إلا غرماءه لأنهم هم المستفيدون .

الثاني : تأنيب عمر رضي الله عنه للأسيفع والتشهير به أمام الناس ، والتصریح بتوزيع ماله ، ولو كان ذلك برضاه لما حدث شيء من ذلك لعدم وجود الداعي إلى التأنيب .

الدليل الثالث : من المعقول : وهو :

أ - أن المريض يحجر عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء .

ب - أن المصلحة تقتضي الحجر على الصغير والمجنون ، وذلك لمصلحة أنفسهم فيجوز الحجر على المدين لحق الغرماء ، لتحقيق حكم الحجر بتحقيق علته لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، والمصلحة موجودة في المحجور عليه لحظ نفسه ، ولحظ غيره ، فاقضى وجودها وجود الحجر^(١) .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بعدم مشروعية الحجر على المدين بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ .. ﴾ الآية^(٢) .

الدليل الثاني : عن أبي حرة الرقاشي عن عمه^(٣) أن النبي ﷺ قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس »^(٤) .

(١) انظر تبين الحقائق ٥ / ١٩٩ ، والبحر الرائق ٨ / ٩٤ .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

(٣) اسم عم أبي حرة الرقاشي حنيفة ، وقيل حكيم بن أبي يزيد ، وقيل عامر ابن عبدة الرقاشي ، وقيل إن حكيم بن أبي يزيد هو أبو حرة لاعمه ، وقد اشتهر أبو حرة بكنيته قال الآجري عن أبي داود : لا أدري ما اسمه وهو ثقة . أسد الغابة ٢ / ٧٠ ، والمستفاد من مبهمات المتن والإسناد ص ١١٤ ، وتهذيب التهذيب ٣ / ٦٤ .

(٤) سبق تخريج هذا الحديث ص ١٦٧ .

توجيه الاستدلال من الدليلين :

يمكن توجيه الاستدلال من الدليلين بأن يقال : إن الآية الكريمة والحديث الشريف يدلان على تحريم أخذ المال من صاحبه إلا برضا نفس منه ، وبيع القاضي على المدين ماله بدون رضاه داخل في التحريم ، وإذا كان بيع المال بدون رضا محرم ، فكذلك الحجر لأنه منع لصاحب المال من التصرف فيه فأشبهه أخذه .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إن الآية والحديث إنما يدلان على تحريم أخذ المال من صاحبه بالباطل ، كما هو صريح في الآية ، وبيع مال المدين المماطل ليس أكلا له بالباطل ، فكذلك الحجر عليه ، لأن الباطل هو امتناعه عن الوفاء لا الوفاء .

الدليل الثالث : عن ابن كعب بن مالك^(١) « أن جابر بن عبد الله أخبره أن أباه^(٢) قتل يوم أحد شهيدا ، فاشتد الغرماء في حقوقهم فأتيت رسول الله ﷺ فكلمتهم فسألهم أن يقبلوا ثمر حائطي ، ويحللوا أبي ، فلم يعطهم ، ولم يكسره لهم ، ولكن قال : « سأغدو عليك إن شاء الله » فغدا علينا حين أصبح فطاف في النخل فدعا في ثمره بالبركة فجذذتها فقضيتهم حقوقهم ، وبقي لنا من ثمرها » رواه البخاري^(٣) .

توجيه الاستدلال : ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال إن الحجر لو كان هو الطريق لوفاء الدين لاستعمله النبي ﷺ ، فلما تركه إلى غيره دل على عدم مشروعيته .

(١) اختلف في المقصود بابن كعب بن مالك هل هو عبد الله أو عبد الرحمن ؟ فقال المزني : إنه عبد الله . واستدل بأن ابن وهب روى الحديث عن يونس بالسند الذي في هذا الباب فسماه عبد الله ، وقال ابن حجر : « والرواية بذلك عند الإسماعيلي إلا أنه قال فيه : (إن جابراً قتل أبوه) وصورته مرسل فإنه لم يقل إن جابراً أخبره ولا حدثه ، ولكن هذا القدر كاف في كونه عبد الله لا عبد الرحمن » ١ هـ . تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف ٢ / ٥١٠ ، وفتح الباري ٥ / ٥٩ .

وعبد الله بن كعب الأنصاري المدني كان قائد أبيه حين عمي ، روى عنه وعن أبي أيوب ، وأبي لبابة وأبي أمامة ابن ثعلبة ، وعثمان بن عفان وابن عباس وعبد الله بن أنيس الجهني وجابر ، وعنه ابنه عبد الرحمن وخارجة وغيرهم . وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة سبع أو ثمان وتسعين .

الكاشف للذهبي ٢ / ١٢١ ، وتهذيب التهذيب ٥ / ٣٦٩ ، وأما أخوه عبد الرحمن فقد تقدمت ترجمته ص ٢٩٩ .

(٢) هو عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري الخزرجي السلمي والد جابر بن عبد الله الصحابي المشهور معدود في أهل العقبة وبدر ، واستشهد بأحد / الإصابة ٢ / ٣٤٢ (طبعة دار الكتاب العربي) وأسد الغابة ٣ / ٢٣١ .

(٣) انظر فتح الباري ٥ / ٥٩ رقم الحديث ١٣٩٥ هـ .

المنافشة : ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال إن الحديث لا يدل على عدم الحجر وذلك لثلاثة أمور :

الأمر الأول : أن المدين - وهو أبو جابر - ميت والحجر لا يكون إلا على الحي ولذلك لم يستعمله النبي ﷺ ، فالحديث خارج عن موضوع النزاع .

الأمر الثاني : أن المدين وهو أبو جابر ليس له مال بدليل أن الحائط كان لجابر ، ولم يكن لأبيه ، لقول جابر : « فسألهم أن يقبلوا ثمر حائطي » لذلك لم يحجر عليه .

الأمر الثالث : أن تأخير القسمة من أجل أن يحضر عليه الصلاة والسلام لتحصل البركة بحضوره . قال ابن حجر عن حديث جابر المذكور : « لا حجة فيه لأنه آخر القسمة ليحضر فتحصل البركة في الثمر بحضوره ، فيحصل الخير للفريقين وكذلك كان »^(١) .

الدليل الرابع : عن عمرو بن الشريد^(٢) عن أبيه^(٣) عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لِيّ الواجد ظلم يحل^(٤) عرضه وعقوبته » رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجة^(٥) .

(١) فتح الباري ٥ / ٦٦ .

(٢) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي أبو الوليد الطائفي روى عن أبيه وأبي رافع وسعد بن أبي وقاص ، وابن عباس وغيرهم ، وعنه إبراهيم بن ميسرة وعبد الله بن عبد الرحمن بن يعلى ، ويعلى بن عطاء وغيرهم . قال العجلي : تابعي ثقة . وذكره ابن حبان في الثقات . انظر الثقات لابن حبان ٥ / ١٨٠ ، والكاشف للذهبي ٢ / ٢٣١ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٨ / ٤٧ .

(٣) أبوه : هو الشريد بن سويد الثقفي ، قيل : إنه حضرمي ولكن عداده في ثقيف ، لأنهم أخواله . وقيل : إن الشريد اسمه مالك ، وسمي الشريد لأنه شرد من المغيرة بن شعبة لما قتل رفقة الثقفيين ، وفد إلى النبي ﷺ فأسلم وبايعه بيعة الرضوان ، وسماه رسول الله الشريد ، وهو زوج ريحانة بنت أبي العاص بن أمية . انظر : أسد الغابة ٢ / ٣٩٦ ، والإصابة في تمييز الصحابة ٢ / ١٤٨ .

(٤) اللّي بالفتح المطلق ، والواجد : الغني من الوجد بمعنى القدرة ويحل : بضم الياء أي يجوز وصفه بكونه ظلماً ، وعرضه : قيل المراد شكايته ، وعقوبته : أي حبسه . انظر فتح الباري ٥ / ٦٢ .

(٥) انظر مسند أحمد ٤ / ٣٨٨ ، وسنن أبي داود ٤ / ٤٥ رقم الحديث ٣٦٢٨ (تحقيق الدعاس) ، وسنن النسائي ٧ / ٣١٦ ، ٣١٧ ، وسنن ابن ماجة ٢ / ٨١١ ، رقم الحديث ٢٤٢٧ . والحديث المذكور علقه البخاري انظر فتح الباري ٥ / ٦٢ .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحديث دل على أن المدين إذا كان محاطا بالمدين وله مال أنه لا يحل أخذ ماله ، وإنما يحل عرضه وعقوبته ، والعقوبة هي الحبس ، فلا يصار إلى الضرر الأشد وهو الحجر مع إمكان الأخف وهو الحبس .

الناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال فيقال : لانسلم بأن المراد بعقوبته الحبس فقط ، وإنما العقوبة لفظ عام يدخل فيه الحبس والحجر وبيع المال ، والشرع كما ورد بالأمر بالحبس عند الحاجة ، ورد بالحجر كذلك ، وربما لا يستفيد الغرماء من حبس المدين ، لأنه ربما يتعنت ولا يهتم الحبس ، فلما كان طريق الحجر عليه أيسر وأنفع للغرماء كان أولى .

الدليل الخامس : أن المدين كامل الأهلية ، وفي الحجر عليه إهدار لآدميته ولأقواله ، كما أن فيه منعا له من التصرف في ماله^(١) .

الجواب عن هذا الدليل :

ويمكن أن نجيب عنه بقولنا : إن الحجر على المدين متعلق بماله المحجور عليه فيه دون شخصه فليس فيه إهدار لآدميته أو الانتقاص منها بدليل أنه لو اشترى في ذمته صح .

الترجيح :

والذي أرجحه هو القول الأول وهو قول جمهور العلماء القائلين بمشروعية الحجر على المدين لقوة أدلته ولأن في الحجر على المدين سدا لباب المماطلة وضمائنا لرجوع الحقوق إلى أصحابها ؛ لأن الحبس والضرب قد لا يهتم المدين ، وربما يتعنت ويماطل ويصبر على العقوبة مادام أمر أمواله بيديه يصرفها كيف يشاء ، كما أن أصحاب الديون لافائدة لهم بحبس المدين وضربه ، إذا لم ترجع حقوقهم إليهم . وإنما فائدتهم ومصلحتهم بإرجاع حقوقهم إليهم وأيسر طريق لذلك هو الحجر لذا كان هو الأولى .

والجمهور من العلماء القائلين بمشروعية الحجر على المدين اختلفوا في تصرف المدين بعد الحجر عليه على قولين :

(١) انظر الهداية مع تكملة فتح القدير ٧ / ٣٢٤ ، والمبسوط للسرخسي ٢٤ / ١٦٣ .

القول الأول : أن تصرف المدين موقوف . وبه قال بعض المالكية ، وهو أحد

القولين للشافعي ، وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية .

أما المالكية القائلون بأنه موقوف فقد قال بعضهم : إنه موقوف على إجازة الحاكم^(١) . وقال بعضهم : إنه موقوف على إجازة الغرماء^(٢) . وقد ذكرهما جميعا الدردير فقال : « إن وقع التصرف في المال لم يبطل ، بل يوقف على نظر الحاكم أو الغرماء^(٣) » .

وقد ذكر التوفيق بين قول من قال إنه موقوف على إجازة الحاكم ، وبين قول من قال إنه موقوف على إجازة الغرماء - الدسوقي فقال : « قوله (على نظر الحاكم) أي عند عدم اتفاق الغرماء واختلافهم في رده وإمضائه ، وقوله (أو الغرماء) أي عند اتفاقهم^(٤) » .

وأما الشافعية في أحد القولين عندهم فإنهم لا يجعلونه موقوفا على إجازة شخص معين كالقاضي أو الغرماء ، إنما يوقف على وفاء المدين المحجور عليه لدينه ، فإذا قضى دينه ذهب الوقف عنه . قال الشافعي : « ينبغي إذا صيره أن يشهد على أنه قد أوقف ماله عنه ، فإذا فعل لم يجز له حينئذ أن يبيع من ماله ولا يهب ولا يتلف وما فعل من هذا ففيه قولان : أحدهما أنه موقوف فإن قضى دينه وفضل له فضل جاز ما صنع من ذلك الفضل ، لأن وقفه ليس بوقف حجر ، وإنما هو وقف كوقف المريض فإذا صح ذهب الوقف عنه فكذلك هذا إذا قضى دينه ذهب الوقف عنه^(٥) » .

(١) جاء في شرح الخرشي على خليل ٢٦٦ / ٥ : « إذا وقع منه (أي من المدين) التصرف أوقف على نظر الحاكم ردا وإمضاء » .

(٢) جاء في الكافي لابن عبد البر ٨٢٨ / ٢ : « متى كان عليه دين يحيط بماله فللغرماء أن يردوا عتقه وهبته وصدقته » .

(٣) الشرح الكبير ٢٦٥ / ٣ .

(٤) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٦٥ / ٣ .

(٥) الأم ١٨٦ / ٣ والقول بأن المدين المفلس يرتفع الحجر عنه بوفاء المدين لدينه بدون رفع الحاكم هو المروي عن الإمام الشافعي ، وعليه أكثر الشافعية . والقول الثاني أنه لا يرتفع إلا برفع الحاكم لأنه حجر ثبت بإذن الحاكم فلا يرفعه إلا الحاكم . جاء في جوهر العقود : اثنان من الحجر يحتاج رفعهما إلى حكم حاكم وهما حجر الإفلاس في قول وحجر الارتداد .

انظر جواهر العقود للمنهاجي الشافعي ١٦٣ / ١ والمهذب للشيرازي ٣٢٨ / ١ .

وأما فيما يتعلق بما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد فقد جاء في البحر الرائق : « وعندهما يجوز عليه الحجر بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى وإذا قضى بالحجر بالدين يختص بالمال الموجود في الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره ، حتى لو تصرف في الحادث نفذ ، وإذا صح الحجر بسبب الدين صار هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة ، وكل تصرف يؤدي إلى إبطال حقوق الغرماء فالحجر يؤثر فيه »^(١) .

ويفهم مما جاء في البحر : أنه لو تصرف المدين المحجور عليه في المال الحال لا ينفذ بل يكون موقوفا .

القول الثاني : أن تصرف المدين المحجور عليه باطل . وبه قال الإمام مالك وعليه أكثر المالكية ، وهو أحد القولين للشافعي . وبه قال الحنابلة .

جاء في بداية المجتهد : « وأما حاله (أي المدين) بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء »^(٢) . وجاء في الأم فيمن تصرف في ماله بعد الحجر « فيه قولان الثاني أن ماصنع باطل^(٣) لأنه قد منع ماله »^(٤) .

وجاء في المغني : « متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله ، فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا ونحو ذلك ، لم يصح . وبهذا القول قال مالك والشافعي في قول »^(٥) .

(١) ٩٤ / ٨ .

(٢) ٢٨٦ / ٢ وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٣٥ « وأما بعد التفليس فلا ينفذ شيء من أفعاله بعوض أو بغير عوض » . وجاء في مواهب الجليل ٣٤ / ٥ « وأما بعده (أي بعد الحجر) فإنه ممنوع من التصرف المالي مطلقا » ، وجاء في الشرح الكبير للدردير « إن وقع التصرف المالي لم يبطل ، قال الدسوقي : وقال ابن عبد السلام : يبطل » . انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٦٥ / ٣ .

وقد ذكر المنهاجي الشافعي أن القول بالبطلان هو رأي مالك ، انظر جواهر العقود ١ / ١٦٤ .
(٣) استثنى الشافعية من القول بالبطلان ما إذا دفع القاضي للمحجور عليه نفقة عياله فاشترى فتصرفه نافذ . مغني المحتاج ١٤٨ / ٢ .

(٤) ١٨٦ / ٣ وجاء في المذهب ٣٢٨ / ١ : « إن تصرف في المال بالبيع والهبة والعق ففیه قولان ... الثاني لا يصح وهو الصحيح » . وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ : « تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور عليه فيه قولان والأصح البطلان » .

وانظر فتح العزيز ١٠ / ٢٠٥ وروضة الطالبين للنووي ٤ / ١٣٠ ، ومغني المحتاج للشربيني ١٤٨ / ٢ .
(٥) ٤٧٦ / ٤ وما ذكره ابن قدامة من أن تصرفات المدين المحاط بالدين غير صحيحة هو مذهب الحنابلة . وفي رواية عند الحنابلة أن المدين إذا أعتق عبده أو أمته أنه ينفذ جاء في المحرر لأبي البركات ابن تيمية ١ / ٣٤٥ « وعنه يصح =

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن تصرفات المدين المحاط بالدين موقوفة بما يلي :

الدليل الأول : قياس تصرف المدين المحجور عليه على تصرف المريض الذي عليه

ديون في صحته فكما أن تصرفات المريض تكون موقوفة على خروجها من الثلث ، وإذا زادت فلا بد من إجازة الورثة لها ، فكذلك تصرفات المدين تكون تصرفاته موقوفة على إجازة الغرماء أو وفاء دينه ^(١) .

المناقشة :

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المدين المحجور عليه تتعلق حقوق الغرماء بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه بخلاف المريض فإنها لا تتعلق بماله إلا بعد موته ^(٢) .

الدليل الثاني : قياس تصرف المدين المحجور عليه على تصرف الفضولي بجامع أن كلا منهما لا تكون له ولاية التصرف شرعا ، وبما أن عدم الولاية يترتب عليه وقف التصرف لا بطلانه فكذلك المدين تصرفه موقوف لا باطل .

= في ماله بالعتق خاصة » . وقد ذهب بعض علماء الحنفية إلى القول بأن العتق ينفذ من المحجور ، جاء في الفتاوى الهندية ٦٣ / ٥ « الحاصل أن كل ما يستوي فيه الجد والهزل ينفذ من المحجور ، ومالا ينفذ من الهازل لا ينفذ من المحجور إلا بإذن القاضي » . وأمثلة ما يستوي فيه الجد والهزل الطلاق والعتق والرجعة ، ومن المعلوم أن الطلاق والرجعة لا علاقة لهما بالدين بخلاف العتق . ولعل المراد بالعتق عند من جعله نافذا : العتق المدبر لا العتق الحال ، كما صرح بذلك بعض الحنابلة والشافعية ؛ لأنه لا تأثير فيه على المدين لأنه بعد زوال الحجر بخلاف الحال . جاء في كشف القناع ٤٢٣ / ٣ « ولو كان تصرفه عتقا أو صدقة بشيء كثير لا يسير لا ينفذ لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله إلا بتدبير ووصية لأن تأثيرها بعد زوال الحجر بالموت ، وإنما يظهر أثر ذلك إذا مات عن مال يخرج المدبر أو الموصى به من ثلثه بعد وفاء دينه » . وجاء في روضة الطالبين ١٣٠ / ٤ : « إن تعلق تصرفه بما بعد الموت وهو التدبير والوصية صح فإن فضل المال نفذ وإلا فلا » .

(١) انظر المذهب للشيرازي ٣٢٨ / ١ وفتح العزيز للرافعي ٢٠٤ / ١٠ .

(٢) جاء في المذهب للشيرازي ٣٢٨ / ١ « يخالف ذلك حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد موته ، وههنا حقوق الغرماء تتعلق بماله فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون » .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : إن قياسكم تصرف المدين المحجور عليه على تصرف الفضولي مردود لسببين :

السبب الأول : أن حكم الأصل غير متفق عليه بيننا وبينكم لأن تصرفات الفضولي عندنا باطلة^(١).

السبب الثاني : أن المدين يخالف الفضولي ؛ لأن المدين محجور عليه بحكم حاكم وممنوع من التصرف بالمال ، بخلاف الفضولي فإنه غير محجور عليه وغير ممنوع من التصرف بالمال .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن تصرفات المدين المحجور عليه باطلة بما يلي :

الدليل الأول : أن المحجور عليه بسبب الدين إنما حجر عليه من قبل الحاكم ، ولذلك لا تصح تصرفاته بعد الحجر ، كما لا تصح تصرفات السفیه إذا حجر عليه الحاكم^(٢).

الدليل الثاني : أن المحجور عليه قد تعلق بماله حق للغير فيجب أن يكون ممنوعاً من التصرف فيه من أجل حفظ حق ذلك الغير^(٣).

الرأي المختار :

والذي أختاره هو ما ذهب إليه الإمام مالك وعلماء الحنابلة وبعض الشافعية من أن تصرف المدين غير صحيح ، ذلك أن المقصود من الحجر هو إبقاء أموال المدين حتى يتم الوفاء للدائنين ، والقول بالسماح له بالتصرف ثم وقف تصرفه قد يؤدي بالأموال للضياع ، كما أن لحكم الحاكم منزلته وقيمته ، وطاعته واجبة فيجب أن لا يسمح للمدين بمخالفة أمر الحاكم إذا حجر عليه . والله أعلم .

(١) تصرفات الفضولي في مذهب الحنابلة باطلة وفي رواية أخرى أن تصرف الفضولي يصح ويقف على الإجازة ومذهب الشافعية تصرف الفضولي فيه باطل . انظر ص ٣٩ من هذا البحث .

(٢) انظر المغني لابن قدامة ٤ / ٤٨٦ ، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٥ / ١٢٤ .

(٣) انظر المرجعين السابقين .

المبحث الرابع : تصرفات المدين غير العقدية قبل الحجر عليه إذا كان الدين محيطة بماله

اختلف العلماء في حكم تصرفات المدين غير العقدية - في حال الصحة - قبل الحجر عليه إذا كان الدين محيطة بماله على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن تصرفه يقع صحيحا لازما لا ينقضه أصحاب الديون ، وإن قصد به المماثلة . وبه قال جمهور العلماء .

جاء في الإسعاف في أحكام الأوقاف : « إن لم يكن محجورا عليه (أي على المدين) يصح وقفه ، وإن قصد به ضرر غرمائه ، لثبوت حقهم في ذمته دون العين »^(١) . وجاء في الأم : « عتق الرجل وإقراره وقضاؤه بعض غرمائه دون بعض جائز مفلسا^(٢) كان أو غير مفلس ذا دين كان أو غير ذا دين لا يرد من ذلك شيء ولا مما فضل منه إلا إذا قام الغرماء عليه حتى يصيروه إلى القاضي »^(٣) .

وجاء في المغني : « ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار ، أو قضاء بعض الغرماء ، أو غير ذلك فهو جائز ونافذ ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحدا خالفهم »^(٤) .

وقول صاحب المغني : « ولا نعلم أحدا خالفهم » فيه نظر ، فإن في المسألة خلافا لبعض المالكية والحنفية والشافعية كما سيأتي .

القول الثاني : إن تصرف المدين قبل الحجر عليه إذا قصد به ضرر الغرماء باطل و به قال بعض الحنفية والشافعية .

(١) ص ١٤ وجاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١ / ١٢٩ « ولا يثبت الحجر إلا بالقضاء كما صرحوا به » . وانظر أنفع الوسائل للطرسوسي ص ١٥٠ .

(٢) المفلس : هو الذي لم يبق له مال ، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر . وبعضهم يقول : معناه صار ذا فلوس بعد أن كان ذا درهم . فهو مفلس ، والجمع مفاليس ، لسان العرب ٨ / ٤٦ ، المصباح المنير ٢ / ١٣٧ ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٣ / ٤٧٠ مادة « فلس » .

(٣) ٣ / ١٨٦ .

(٤) ٤ / ٤٨٥ ، وانظر الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة ٤ / ٥٣٤ ، والقواعد لابن رجب ص ١٤ .

جاء في الدر المختار : « في معروضات أبي السعود^(١) ، سئل عمن وقف أولاده ، وهرب من الديون هل يصح فأجاب لا ، ولا يلزم ، والقضاة ممنوعون من الحكم ، وتسجيل الوقف بمقدار ما شغل الدين »^(٢) .

وجاء في غاية تلخيص المراد : « من عليه دين ثم وهب أو تصدق ، أو وقف جميع ما يملكه ، وكان لا يرجو الوفاء من غيره فالذي نعتمده في الفتوى تبعا لشرح المذهب في صدقة التطوع وغيره البطلان »^(٣) .

القول الثالث : أن تصرفه موقوف على سماح الغرماء ، وبه قال المالكية واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية ، وقال : إنه رواية عند الحنابلة ، وهو اختيار تلميذه ابن القيم^(٤) . أما المالكية فإن عبارتهم توحي بأن من تبرع - ولو كان صحيحا - إذا كان مدينا ف تبرعه موقوف على سماح الغرماء^(٥) ، جاء في الشرح الكبير للدردير : « وللغريم منع

(١) هو محمد بن محمد بن مصطفى العمادي أبو السعود ، مفسر فقيه من علماء الترك المستعربين ، ولد بغرب القسطنطينية سنة ٨٩٨ هـ ودرس ، ودرس في بلاد متعددة ، وتقلد القضاء والإفتاء ، وكان حاضر الذهن سريع البديهة توفي سنة ٩٨٢ هـ .

له مصنفات منها : « إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم » ورسالة في مسائل الوقوف وأخرى في تسجيل الوقوف .

انظر شذرات الذهب ٨ / ٣٩٨ ، ٣٩٩ . والعقد المنظوم في ذكر أفاضل الروم ٢ / ٤٣٨ (مطبوع بهامش وفيات الأعيان طبعة بولاق) ، والفوائد البهية ص ٨١ ، ٨٢ . (٢) ١٢ / ٢ .

(٣) ص ١٣٦ ، وقد نقل الشيخ ابن منقور الحنبلي أن ابن الرفعة من الشافعية يرى البطلان ، جاء في الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ١ / ٤٣٥ ، « قال ابن الرفعة : إذا كان محتاجا لما يتصدق به لنفسه أو لنفقة عياله أو لقضاء دين عليه - أي لا يرجو وفاء دينه - فتصدق بالمال أو وهبه أو أعتقه ففي صحة ذلك الوجهان في هبة الماء في الوقت ، والصحيح عدم الصحة فإنه يريد أن يتحيل على أهل الديون ، وأن يضيع من يعول ، وكفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول » .

(٤) ابن القيم : هو أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الدمشقي الفقيه الأصولي المفسر النحوي شمس الدين ابن قيم الجوزية ، ولد سنة ٦٩١ هـ وتفقه في المذهب الحنبلي وبرع وأفتى ولازم الشيخ تقي الدين وأخذ عنه وحبس مع الشيخ تقي الدين في المرة الأخيرة منفردا عنه ، ولم يفرج عنه إلا بعد موت الشيخ . توفي سنة ٧٥١ هـ ، له تصانيف كثيرة منها « إعلام الموقعين عن رب العالمين » و « أحكام أهل الذمة » و « الطرق الحكمية » و « تهذيب سنن أبي داود » .

انظر ذيل طبقات الحنابلة ٢ / ٤٤٧ والنجوم الزاهرة ١٠ / ٢٤٩ .

(٥) استثنى المالكية من قولهم إن التبرع موقوف حالتين :

الأولى : أن يكون التبرع مما يلزمه فينفذ كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء .

الثانية : أن يكون التبرع مما جرت العادة بفعله كالأضحية ، والصدقة اليسيرة .

انظر بداية المجتهد ٢ / ٢٣٦ .

من أحاط الدين بماله من تبرعه بعق أو هبة أو صدقة أو حبس أو حمالة ، ولا يجوز له هو ذلك ، ولهم رده حيث علموا ، ومن التبرع قرض لعديم لما في ذلك من ضياع المال ، وليس منه ما جرت العادة ككسرة لسائل ونفقة عيدين وأضحية ، ونفقة ابن وأبيه دون سرف في الجميع ، وخرج « بتبرعه » تصرفه المالي كبيعته وشرائه^(١) إلا أن المالكية قالوا : إنه لا بد لوقف من تصرف وقد أحاط الدين بماله كونه عالما وقت التصرف بأن الدين محيط بماله ، فلو كان المدين يتصرف تصرفا مألوفاً لا سرف فيه ولا محاباة ، وهو يعتقد أن دينه غير محيط بماله فتصرفه نافذ . جاء في مواهب الجليل : « ويؤخذ من قوله « أحاط » أنه علم أن الدين أحاط بماله فلو لم يعلم بذلك لم يمنعه من التبرع »^(٢) .

أما ابن تيمية فقال : « من ضاق ماله عن ديونه صار محجوراً عليه بغير حكم حاكم بالحجر وهو رواية عن أحمد »^(٣) . ويزيد ابن القيم رأي ابن تيمية إيضاحاً فيقول : « إن استغرقت الديون ماله لم يصح تبرعه بما يضر أرباب الديون ، سواء حجر عليه الحاكم أم لم يحجر عليه . هذا مذهب مالك ، واختيار شيخنا ، وعند الثلاثة يصح تصرفه في ماله قبل الحجر بأنواع التصرف ، والصحيح هو القول الأول ، وهو الذي لا يليق بأصول المذهب غيره بل هو مقتضى أصول الشرع وقواعده... قال ابن الجلاب^(٤) ، ولا تجوز

(١) ٢٦١ / ٣ وجاء في شرح الخرشي ٢٦٣ / ٥ « من أحاط الدين بماله (أي زاد عليه) فلصاحب الدين أن يمنعه من تبرعاته كالعتق والصدقة ونحوهما » .

وجاء في حاشية الدسوقي ٢٣٧ / ٣ : « لا يجوز له (أي للمدين المستغرق) إتلاف شيء من ماله بغير عوض ، فلا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا حبس ... وإذا فعل شيئاً من ذلك كان للغرماء إبطاله » . وجاء في ص ٢٧٨ : « لو علم الغرماء بتبرعات المدين وردوها وبقيت بيده حتى أوفاهم ديونهم فإن تلك التبرعات تكون ماضية لأن رد الغرماء رد إيقاف لارد إبطال » .

(٢) ٣٥ / ٥ ، وجاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي ٢٦٣ / ٥ : « قوله : (أحاط) أي علمت إحاطته ، إلا من شك في إحاطة الدين بماله والظاهر أن المراد بالشك مطلق التردد فإذا ادعى الملاء لم يمنع إلا بعد كشف السلطان عن ماله ، فإذا وجد وفاء لم يفلس وإلا فليس وهو المشهور » .

(٣) الفتاوى الكبرى ٤ / ٤٨٠ .

(٤) ابن الجلاب : هو أبو القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاب المالكي ، من أهل العراق إمام فقيه أصولي عالم حافظ تفقه بالأبهري وغيره ، وتفقه به القاضي عبد الوهاب وغيره من الأئمة ، له كتاب في مسائل الخلاف وكتاب التفريع في المذهب مشهور معتمد ، توفي سنة ٣٧٨ هـ . وقد اختلف في اسمه فقيل : إنه عبد الرحمن . وقيل غير ذلك . انظر الديباج المذهب ص ١٤٦ ، وشجرة النور الزكية ١ / ٩٢ ، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٢ ، وشذرات الذهب ٣ / ٩٣ .

هبة المفلس ولا عتقه ولا صدقته إلا بإذن غرمائه ، وكذا المديان يفلسه غرماؤه في عتقه وهبته وصدقته ، وهذا هو القول الذي لا نختار غيره ^(١) .
الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن تصرفات المدين غير العقدية - في حالة صحته - وقبل الحجر عليه نافذة بما يلي :

الدليل الأول : أنه يتمتع بأهلية كاملة غير منقوصة فيصح تصرفه ^(٢) .

الناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : نسلم بأنه يتمتع بأهلية كاملة غير منقوصة ، لكن هذا لا يستلزم عدم منعه إذا كان في تصرفه مضرة للغير ، ولهذا رد رسول الله ﷺ عتق من أعتق غلاما له عن دبر وليس له مال غيره ^(٣) ، بسبب حاجة المعتق ، وقد فسرت هذه الحاجة الواردة في الحديث بحاجته إلى النفقة على عياله وبأنه كان عليه دين ^(٤) .

والمدين إذا تبرع وله غرماء ، علم أنه قصد الضرر لغرمائه يوقف تصرفه ؛ لأن الواجب عليه وفاء الغرماء لا التبرع ، لما في ذلك من الضرر لهم ، والضرر يزال ^(٥) ، وإزالته تتحقق بإيقافه على سماح غرمائه ، فإن طلبوا وفاءهم فهم أحق من المتبرع له وإن سمحوا نفذ .

الدليل الثاني : أن تصرفه صادم خالص ملكه ، ولم يتعلق لأحد حق في ماله وإنما حقه في ذمته ، فلذلك ينفذ تصرفه في ماله ^(٦) .

الناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : نسلم أنه تصرف في خالص ملكه ، لكن لا نسلم أنه لم يتعلق لأحد حق في ماله ، بل الدائنون له قد تعلق حقهم في ماله ، لأنه لو أفلس وله

(١) أعلام الموقعين ٤ / ٨٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ / ٤٨٦ .

(٣) سيأتي تخرج هذا الحديث في دليل القائلين بالبطلان ص ٣١٣ .

(٤) انظر نيل الأوطار ٦ / ٢١٣ .

(٥) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

(٦) انظر المهذب للشيرازي ١ / ٣٢٨ والمغني لابن قدامة ٤ / ٤٨٦ .

مال بيع ماله ، وقضي دينه ، فلما تبرع وهو مدين أوقف تصرفه على سماح دائنيه ، فإن لم يطلبوا إيقافه وتركوه يتصرف ولم يمنعوه نفذ تصرفه وإلا بطل .

والحق إذا كان في الذمة وحل ، يتعلق الحال بالمال الموجود بين يديه ، فوجب عليه الوفاء لا التبرع .

الدليل الثالث : أن سبب المنع الحجر ، فلا يتقدم سببه^(١) ، ولهذا ينفذ تصرف من لم يحجر عليه .

الناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : لا نسلم أن سبب المنع الحجر فقط بل سبب المنع هو استحقاق الغرماء ماله كله ، فإذا تصرف فيه على وجه التبرع فقد تصرف فيما يستحقون فوقف تصرفه على سماحهم فإن سمحوا له نفذ تصرفه وإلا رد .

دليل القول الثاني : استدل القائلون بطلان تصرفات المدين بما رواه جابر ابن عبد الله - رضي الله عنهما - « أن رجلا من الأنصار^(٢) يقال له أبو مذكور أعتق غلاما له يقال له يعقوب^(٣) عن دبر^(٤) ، لم يكن له مال غيره ، فدعا به رسول الله ﷺ فقال : من يشتريه ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بن النحام^(٥) - زاد في رواية - ختن^(٦) عمر بن

(١) المغني لابن قدامة ٤ / ٤٨٦ .

(٢) في مسند أحمد ٣ / ٣٧١ ، وصحيح مسلم ٢ / ٦٩٢ أن الرجل من بني عذرة قال ابن حجر في فتح الباري ٥ /

١٦٦ في الجمع بينهما : لعله كان من بني عذرة وحالف الأنصار ، وانظر الإصابة ٤ / ١٧٧ .

(٣) هو يعقوب القبطي كما ورد في مسند أحمد ٣ / ٣٦٩ وصحيح مسلم ٢ / ٦٩٢ ، والمستفاد من مبهمات الإسناد

ص ٥٧ .

(٤) قوله : « عن دبر » بضم الدال هو المعتق في دبر الحياة كأن يقول السيد لعبده أنت حر بعد موتي ، وسمي السيد مدبرا بصيغة اسم الفاعل ؛ لأنه دبر أمر دنياه باستخدامه ذلك المدبر واسترقاقه ، ودبر أمر آخرته بإعتاقه وتحصيل

أجر العتق ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢ / ٩٨ ونيل الأوطار ٦ / ٢١٣ .

(٥) هو نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عبد عوف القرشي العدوي ، وسمي النحام ؛ لأن النبي ﷺ قال : دخلت الجنة فسمعت نعمة من نعيم فيها ، والنعمة : السعلة ، وقيل النعمة : النحنة الممدودة آخرها فسمي بذلك النحام ، يقال إنه أسلم بعد عشرة أنفس قبل إسلام عمر بن الخطاب وكان يكتن إسلامه ، ومنعه قومه لشرفه فيهم من الهجرة ؛ لأنه كان ينفق على أرامل بني عدي وأيتامهم ، قيل : إنه توفي بأجنادين شهيدا سنة ١٣ هـ في آخر خلافة أبي بكر وقيل قتل يوم اليرموك شهيدا في رجب سنة ١٥ في خلافة عمر . الاستيعاب ٤ / ١٥٠٧ ، ١٥٠٨ ، أسد الغابة ٥ / ٣٥ ، الإصابة ٣ / ٥٦٨ .

(٦) ختن عمر بن الخطاب : أي أبو زوجته ، والأختان من قبل المرأة والأحماء من قبل الرجل ، والصهر يجمعهما .

الفائق في غريب الحديث ١ / ٣٥٤ ، النهاية في غريب الحديث ٢ / ١٠ .

الخطاب بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه ، وقال إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه ، وإن كان فضلا فعلى عياله ، وإن كان فضلا فعلى ذوي قرابته ، أو قال على ذوي رحمه ، وإن كان فضلا فهنا وههنا « رواه أحمد^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن الرسول ﷺ رد تبرع هذا الرجل الذي كان مفلسا وليس له مال نظرا لحاجته ، وقد فسرت حاجته في إحدى الروايات بأنه كان ذا عيال ، وكان عليه دين^(٢) فدل ذلك على أن تصرف المدين غير المحجور عليه باطل .

المنافشة :

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن رد الرسول ﷺ تبرع هذا الرجل جاء نتيجة لعدم رضا دائنيه ، لأنه قد ورد أن عليه ديناً^(٣) ولذا باع الرسول ﷺ رقيقه ، ولو كان الرد لأجله لما باعه الرسول ﷺ ولاكتفى بالرد فقط .

أدلة القول الثالث : استدل من قال بأن تصرف المدين غير المحجور عليه موقوف بما يلي :

الدليل الأول : عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدائها الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله » . رواه البخاري^(٤) .

توجيه الاستدلال :

قال ابن القيم : بعد سياق هذا الحديث : لا ريب أن هذا التبرع إتلاف لها فكيف ينفذ تبرع من دعا رسول الله ﷺ على فاعله اهـ^(٥) فلا بد أن يكون موقوفا على سماح من له الحق .

(١) مسند أحمد ٣ / ٢٩٤ ، ٣٠٥ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٩٣ ، وأبو داود في سننه ٤ / ٢٦٦ رقم الحديث ٣٩٥٨ (تحقيق الدعاس) ، والنسائي في سننه ٥ / ٥٢ و ٧ / ٢٦٧ (الطبعة الأولى) والبيهقي في سننه ١٠ / ٣١٢ ، ٣١٣ .

(٢) انظر مسند أحمد ٣ / ٣٧١ ، ونيل الأوطار ٦ / ٢١٢ .

(٣) انظر أعلام الموقعين ٤ / ٨ ونيل الأوطار ٦ / ٢١٢ .

(٤) فتح الباري لابن حجر ٥ / ٥٤ .

(٥) أعلام الموقعين لابن القيم ٤ / ٨ .

المنافشة :

ويمكن أن نناقش هذا الاستدلال بقولنا : إن الحديث لم يدل على أن التصرف من قبل المدين موقوف لا بقليل ولا كثير ، والاستدلال به لذلك فيه بعد كثير ، وإنما فيه الترغيب في الأداء وحسن المعاملة .

الدليل الثاني : أن حق الغرماء قد تعلق بماله ولهذا يحجر عليه الحاكم ولو تعلق حق الورثة بماله لم يسع الحاكم الحجر عليه ، فصار كالمريض مرض الموت لما تعلق حق الورثة بماله منعه الشارع من التبرع بما زاد على الثلث فإن في تمكينه من التبرع بماله إبطال حق الورثة منه ، وفي تمكين هذا المديان من ماله إبطال لحقوق الغرماء فوقف تصرفه على سماحهم^(١) .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأخير وأن تصرفات المدين غير المحجور عليه موقوفة على سماح دائنيه لما يأتي :

أولا : أن فيه مصلحة للمتبرع وهي وفاء دينه وتصحيح تصرفه ، أو إنفاذ تصرفه من قبل دائنيه برضاهم بتبرعه وفي هذا تطيب لأنفسهم ، لأنه لو تبرع رجاء للثواب وماطل بدائنيه لأصبح فعله متناقضا .

ثانيا : أن فيه مصلحة للدائنين ، وهي رجوع أموالهم إليهم ، وجعل الأمر بأيديهم فإما أن يعترضوا على تصرفه أو ينفذوه .

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٨ / ٤ .

المبحث الخامس : الإبراء وحكم توقفه على القبول

اختلف العلماء في حكم الإبراء^(١) ، من الدين ونحوه (هل يتوقف على قبول من عليه الحق أم لا) ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه لا يتوقف على قبول من عليه الحق بل إذا أبرأه صاحب الحق برئ وإن لم يقبل مطلقاً أي أنه لا يرتد برد المبرأ ، وهذا هو المعتمد عند المالكية وقول جمهور الشافعية ، والصحيح من مذهب الحنابلة .

أما فيما يتعلق بمذهب المالكية فقد جاء في بلغة السالك : « ... وحينئذ فلا يشترط قبول ولا تجدد حيازة على المعتمد فإذا أبرأت زيدا مما عليه صح وإن لم يقبل خلافا لما في الخرشي من أن الإبراء يحتاج إلى قبول »^(٢) .

والأصح في مذهب الشافعية والذي اعتمده جمهورهم ، أن الإبراء لا يتوقف على قبول المبرأ . قال النووي : « إذا وهب الدين لمن هو عليه فهو إبراء ولا يحتاج إلى القبول على المذهب »^(٣) .

أما الحنابلة فإن الصحيح من المذهب والذي أخذ به جماهير الأصحاب أن الإبراء لا يتوقف على قبول المبرأ جاء في الإنصاف : « إذا أبرأه من دينه أو وهبه له أو أحله منه أو نحو ذلك - وكان المبرئ والمبرأ يعلمان الدين - صح ذلك ، وبرئ ، وإن رده ولم يقبله ، على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب »^(٤) .

(١) الإبراء لغة: التنزيه من التلبس بالشئ يقال برئ منه ومن الدين والعيب أي تنزه عن ذلك، كما يطلق على الإسقاط يقال: أبرأت الرجل جعلته بريئاً من حق لي عليه أي أسقطته عنه ، وبرأته صححت براءته . انظر الصحاح للجوهري ٣٦/١ والقاموس المحيط ٨/١ وأساس البلاغة للزمخشري ص ٣٨ .

واصطلاحاً : إسقاط شخص حقاً له على آخر . انظر موسوعة الفقه الإسلامي ١٧٦/١ .

(٢) بلغة السالك للصاوي ١٣٧/٢ وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٩/٤ : « اختلف في الإبراء فقيل إنه نقل للملك ... وقيل إنه إسقاط للحق فعلى الأول لا يحتاج إلى قبول دون الثاني .

(٣) روضة الطالبين ٣٧٤/٥ ، وجاء في المهذب للشيرازي ٤٤٨/١ : « ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه » . وفي نهاية المحتاج للرملي ٤١٠/٥ : « وهبة الدين المستقر للمدين أو التصرف به عليه إبراء فلا يحتاج إلى قبول نظراً للمعنى » .

وقد ذكر في الأشباه والنظائر أن الأصح عند الشافعية عدم توقف الإبراء على القبول فقال : « ... اشتراط القبول الأصح فيه الإسقاط فلا يشترط » .

انظر ص ١٧١ وفي ص ٥٥٣ جاء : « ولا يشترط القبول في الإبراء على الأصح » .

(٤) ١٢٧/٧ وجاء في المغني ٦٥٨/٥ مانصه : « إذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم وإن رد ذلك فلم يقبله لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق » .

وجاء في كشف القناع للبهوتي ٣٠٤/٤ : « يصح الإبراء من الدين ولو لم يقبله لأنه إسقاط حق فلا يتوقف على القبول =

القول الثاني : أن الإبراء من الدين لا يتوقف على القبول ولكنه يرتد بالرد ، وبه قال

الحنفية .

جاء في المبسوط : « الحاصل أن هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم إلا بالقبول ، والإبراء يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته »^(١) .

لكن الحنفية استثنوا من قولهم : إن الإبراء لا يتوقف على القبول ، الإبراء من رأس مال السلم وبديل الصرف ، فقالوا : إن الإبراء عنهما يتوقف على قبول المبرأ ، فلو سكت ولم يقبل صراحة لا يتم الإبراء ، وعللوا ذلك بأن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط في صحة السلم والصرف ، فلو جاز الإبراء من غير قبول المبرأ وفيه إسقاط هذا الشرط أصلاً لكان الإبراء فسخاً في المعنى ، وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الإبراء ؛ لأن الفسخ يكون بتراضيهما^(٢) .

القول الثالث : أن الإبراء من الدين ونحوه موقوف على قبول المبرأ ، وهو ظاهر مذهب المالكية ، وبه قال بعض الشافعية ، وبعض الحنابلة .

جاء في الفروق : « الإبراء من الدين هل يفتقر إلى القبول فلا يبرأ من الديون حتى يقبل أو يبرأ من الديون وإن لم يقبل ، خلاف بين العلماء وظاهر المذهب اشتراط القبول »^(٣) .

= كإسقاط القصاص والشفعة ويصح الإبراء من الدين ولورده المدين « . وجاء في مطالب أولي النهى ٣٩٢/٤ : « يصح الإبراء من الدين ولو كان ذلك قبل حلول الدين أورد المدين لأنه لا يفتقر إلى القبول كالعتق والطلاق » وجاء في الفروع لابن مفلح ١٩٢/٤ : « وإن أبرأه من دينه أو أحله .. أو عفا عنه برئ ولو لم يقبله في المنصوص ، ولورده المبرأ وعلل الأصحاب بأنه إسقاط » .

(١) المبسوط للسرخسي ٨٣/١٢ ، وجاء في حاشية ابن عابدين ٧٠٧/٤ : « هبة الدين ممن عليه الدين وإبرأؤه عنه يتم من غير قبول » وجاء في الفتاوى الهندية ٣٨٤/٤ : « هبة الدين ممن عليه الدين وإبرأؤه يتم من غير قبول المدين ، ويرتد برده ، ذكره عامة المشايخ رحمهم الله تعالى وهو المختار . وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٣ : « الإبراء لا يتوقف على القبول إلا من الإبراء من بدل الصرف والسلم » وجاء في واقعات المفتين لقنبري أفندي ص ١٠٧ : « وإن وهب الدين للذي عليه الأصل أو أبرأه فمات قبل الرد فهو بريء لأن البراءة تتم من غير قبول وإنما يرتد بالرد وكذلك لو كان ميتاً فأبرأه منه وجعله في حل منه فهو جائز . وانظر المبسوط ٩٢/١٢ وغمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٣٧/٢ ، ٤٣ ، والدرر الحكام شرح غرر الأحكام لمن لا خسرو ٣٠٣/٢ .

(٢) انظر بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٣/٥ ، والمبسوط للسرخسي ٩٢/٢٠ ، العناية للبايزي ١٤٣/٧ ، وفتح القدير لابن الهمام ١٤١/٧ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٩٦/٧ ، وغمز عيون البصائر للحموي ٤٣/٢ ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام ٢٠٠/٢ ، وحاشية الشرنبلالي عليه ٢٠٣/٢ ، وواقعات المفتين ص ١٠٧ ، وحاشية ابن عابدين ٧٠٧/٤ .

(٣) القرافي ١١٠/٢ ، ١١١ .

وجاء في المذهب : « ومن أصحابنا (أي الشافعية) من قال لا يجوز الإبراء إلا بقبول من عليه الدين »^(١) .

وجاء في الإنصاف - عند الكلام على الإبراء : « وقيل يشترط القبول »^(٢) وعليه : فلا بد من قبول المبرأ فلو سكت لا يعتبر الإبراء عند أصحاب هذا القول^(٣) .

سبب الخلاف :

سبب الخلاف بين العلماء القائلين بأن الإبراء لا يتوقف على قبول المبرأ والقائلين بأنه موقوف على قبول المبرأ ، اختلافهم في طبيعة الإبراء ، هل هو إسقاط ؟ أو تمليك ؟ . فمن قال من العلماء إن الإبراء إسقاط لم يعتبر قبول المبرأ ؛ لأن الإسقاط لا يحتاج إلى قبول كالطلاق والعتاق ، فلو طلق الرجل امرأته لم يتوقف نفوذ الطلاق على قبولها ، وكذلك لو أعتق السيد عبده فإنه ينفذ ولو رفض العبد . ومن رأى من العلماء أن الإبراء تمليك والتمليك يحتاج إلى توافق إرادتين لا إرادة واحدة قال : إن الإبراء يتوقف نفاذه على القبول^(٤) .

الأدلة :

دليل القول الأول :

استدل القائلون بأن الإبراء لا يتوقف على القبول بما يلي :

إن الإبراء إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص^(٥) .

(١) ٤٤٨ / ١ .

(٢) ١٢٧ / ٧ .

(٣) جاء في البهجة شرح التحفة للتسولي ٢ / ٦٨ : « أظهر القولين أنه (أي السكوت) ليس بإذن ولا إقرار إلا فيما يعلم بمستقر العادة أن أحدا لا يسكت عنه فيكون إذنا أو إقرارا .

(٤) انظر الفروق للقرافي ٢ / ١١٠ ، ١١١ .

(٥) المذهب للشيرازي ١ / ٤٥٥ والمغني لابن قدامة ٥ / ٦٥٨ .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : لا نسلم أن الإبراء ليس فيه تملك بل فيه وجه تملك ، وذلك بالنسبة للمدين لأن الدين ثابت في ذمته ، وإذا تنازل عنه الدائن ملكه المدين ، ولهذا فهو إسقاط من وجه ، تملك من وجه آخر .

وعليه فإن القياس على العتق والطلاق والشفعة والقصاص غير مناسب ؛ لأن هذه الأمور الإبراء منها إبراء محض لا شائبة تملك فيه ، بخلاف إبراء الدين ممن هو عليه .

دليل القول الثاني :

استدل القائلون بأن الإبراء لا يتوقف على القبول ولكن يترد بالرد بما يأتي :
قالوا : أما أنه لا يتوقف على القبول فلأن الإبراء إسقاط ، وإن لم يكن هذا الإسقاط محضاً ، وأما أنه يترد بالرد فلأمرين :

أولاً : أن فيه شائبة تملك^(١) .

ثانياً : أن فيه دفعا للمنة ، لأن بعض الناس قد لا يرضى بأن يمن عليه أحد وربما يكون المسقط ديناً وماشابه ذلك ، ولا يرضى أحد منته^(٢) .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن الإبراء موقوف على قبول المبرأ بما يلي :

الدليل الأول : أن الإبراء تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه ، فافتقر إلى قبوله كالهبة والوصية^(٣) فكما أن الهبة والوصية تحتاجان إلى قبول فكذلك الإبراء .

المناقشة :

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن يقال : نسلم أن الإبراء تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه ، وكذلك الإسقاط لا بد أن يكون معينا المدين الذي أسقط عنه الحق ، لأنه لو قال

(١) المبسوط للسرخسي ١٢ / ٨٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٤ .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ / ٦٥٨ .

أبرأت مديني وله خمس من المدانين لم يصح إلا بتعيين واحد منهم ، لكن لا نسلم أنه يفتقر إلى القبول ، وقياسه على الهبة والوصية قياس مع الفارق ؛ لأن الهبة تمليك محض والوصية عقد يتم بإرادتين ، بخلاف الإبراء فليس بتمليك محض أو عقد ، وكونه يتفق مع الهبة والوصية بالتعيين لكل من الموهب والموصي والمبرئ ، لا يقتضي المماثلة في كل شيء ، فإن العتق يقتضي تعيين العبد المعتق ومع ذلك لا يتوقف على القبول ، وكذلك الطلاق لمن عنده أكثر من زوجة يقتضي تعيين المرأة المطلقة ولا يتوقف على القبول .

الدليل الثاني : أن الإبراء فيه التزام من المبرأ ولذلك فلا بد من قبوله حتى يملكه كالهبة^(١) ، فكما أن الهبة تحتاج إلى قبول من الموهوب له ، فكذلك الإبراء يحتاج إلى قبول من المبرأ لوجود الالتزام فيه .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش بأن الإبراء فيه التزام من المبرئ بإسقاط حقه وعدم المطالبة به ، أما من المبرأ فإن الالتزام لأقيمة له بعد إسقاط المبرئ حقه .

وعليه فإن التزام المبرأ يسقط بإسقاط المبرئ حقه ، ولذلك لو أسقط المبرئ الدين عن مدينه وسكت المدين ولم نعلم أقبل أم لم يقبل لا نقول إن الدين لم يسقط بل نحكم بسقوطه ، ولا نجيز الرجوع للمبرئ إلا إذا ردّه المبرأ فحينئذ يتبين عدم سقوطه ولذلك قال الحنفية : (إنه يرتد بالرد) والارتداد أمر آخر لا علاقة له بقبول المبرأ وإنما جعل له دفعا للضرر المنه .

الدليل الثالث : أن الإبراء فيه منة وعفو من المبرئ للمبرأ ، وذوو المروءات ، والأنفات يضر بهم ذلك لاسيما من السفلة فجعل صاحب الشرع لهم قبول الإبراء أو رده نفيا للضرر الحاصل من المن من غير أهلها أو من غير حاجة^(٢) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن المنه في الإبراء غير واردة ، إذا ما قلنا : إن « الإبراء يرتد بالرد » فما دمننا قد أعطينا المبرأ حق الرد ، حتى يتمكن من دفع الضرر والمنه - إن كان هناك ضرر أو منة - في الإبراء فقد انتفى الضرر والامتنان .

(١) المهذب للشيرازي ١ / ٤٥٥ .

(٢) الفروق للقرافي ١ / ١١٠ ، ١١١ .

الترجيح :

والذي يترجح لي بعد استعراض الأدلة ومناقشتها أن الإبراء ليس إسقاطا محضا ولا تمليكا محضا بل يشتمل على كل منهما لأن المبرئ بإبرائه للمبرأ عن حقه الذي له عليه قد أسقط حقه عنه ، وفي نفس الوقت قد ملكه ما في ذمته لذلك وجب أن ننظر إلى كلا المعنيين (الإسقاط والتملك) فنقول : إن الإبراء لا يتوقف على القبول ؛ لما فيه من معنى الإسقاط ، لكنه يرتد بالرد ؛ لما فيه من معنى التملك .

وهذا الرأي وسط بين الرأيين ؛ بين من ذهب إلى أنه إسقاط محض لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد ، وبين من ذهب إلى أنه تمليك محض يتوقف على القبول .

المبحث السادس : حكم تصرف الملتقط باللقطة إذا جاء صاحبها

اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط باللقطة ثم جاء صاحبها على قولين :

القول الأول : أن تصرف الملتقط موقوف ، وصاحب اللقطة^(١) مخير بين إمضاء

تصرفه وبين المطالبة بها ، وهو قول الجماهير من العلماء .

جاء في بدائع الصنائع « وإذا تصدق بها على الفقراء ، فإذا جاء صاحبها كان له الخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها ، وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجدته ؛ لأن التصديق كان موقوفا على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه »^(٢) .

وجاء في بداية المجتهد « اتفق فقهاء الأمصار مالك والثوري والأوزاعي^(٣) ، وأبو

(١) اللقطة : لغة على وزن رطبة مأخذ من مال ضائع ، والتقطت الشيء جمعته ، ولقطت العلم من الكتب لقطا أخذته من هذا الكتاب وهذا الكتاب ، والالتقاط العثور على الشيء من غير طلب ولا احتساب ، واللقطة بفتح القاف ، والعامية تسكنها مايلتقط ، واللقاطة بالضم مما كان ساقطا مما لا قيمة له .

تهذيب اللغة للأزهري ١٦ / ٢٤٩ ، المصباح المنير للفيومي ٢ / ٢٢٠ ، الفائق في غريب الحديث للزمخشري ١ / ٣٩١ ، ٢ / ٣٢٧ ، واللقطة في اصطلاح الفقهاء : مال وجد بغير حرز محترم ليس حيوانا ناطقا ولا نعما . التعريفات لابن عرفة ورقة ٥ ، وانظر : مغني المحتاج ٢ / ٤٠٦ ، والعناية للبايرتي ٤ / ٤٢٣ ، وشرح منهج الطلاب ٣ / ٢٢٢ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ٦٩٣ .

(٢) ٦ / ٢٠٢ ، وانظر : المبسوط للسرخسي ١١ / ٧ ، ومجمع الضمانات لابن غانم ص ٢١١ .

(٣) الأوزاعي : هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي ولد بيبليك سنة ٨٨ هـ وتوفي في بيروت مرابطا سنة ١٥٧ هـ وكان إمام أهل الشام في الفقه . من كتبه « كتاب السنن » في الفقه ، و « كتاب المسائل » . انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٧٦ ، ووفيات الأعيان ٢ / ٣١٠ رقم الترجمة ٣٣٤ ، وتذكرة الحفاظ ١ / ١٧٨ -

حنيفة والشافعي وأحمد : أن مدة التعريف إذا انقضت له أن يأكلها إن كان فقيرا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا ، فإن جاء صاحبها كان مخيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه إياها ^(١) .

وقال ابن القيم « مما جاءت به السنة في اللقطة أن الملتقط يأخذها بعد التعريف ويتصرف فيها ، ثم إن جاء صاحبها كان مخيرا بين إمضاء تصرفه وبين المطالبة بها ، فهو تصرف موقوف لما تعذر الاستئذان ودعت الحاجة إليه » ^(٢) .

القول الثاني : أن تصرف الملتقط باللقطة بعد مدة التعريف نافذ ولا يلزمه ردها ، هذا إذا جاء صاحبها بعد ذلك ، وهو قول داود الظاهري ^(٣) ، والكرائسي ^(٤) والبخاري ، جاء في عمدة القاري « قوله « أي البخاري » باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها ، أي إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد التعريف بسنة فهي لمن وجدها وهو بعمومه يتناول الواجد الغني والفقير ، وهذا خلاف مذهب الجمهور فإن عندهم إذا كانت العين موجودة يجب الرد ، وإن كانت استهلك يجب البدل ، ولم يخالفهم في ذلك إلا الكرائسي من أصحاب الشافعي ، وداود الظاهري ، ووافقهما البخاري في ذلك » ^(٥) .

(١) ٣٣٣/٢ ، وانظر : الكافي لابن عبد البر ٨٣٦/٢ ، ومواهب الجليل للحطاب ٦٩/٦ ، والشرح الكبير للدردير ١٢٣/٤ .

(٢) أعلام الموقعين ٥٤/٢ .

(٣) هو داود بن علي بن خلف الأصبهاني المعروف بالظاهري (أبو سليمان) فقيه مجتهد محدث حافظ ولد بالكوفة سنة ٢٠٢ هـ ورحل إلى نيسابور ونشأ ببغداد ، وكان أكثر الناس تعصبا للإمام الشافعي ، وقد نفى القياس في الأحكام الشرعية وتمسك بظواهر النصوص وتبعه جمع كثير يعرفون بالظاهرية توفي ببغداد سنة ٢٧٠ هـ .

انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩٢ ، وتذكرة الحفاظ ١٣٦/٢ ، ١٣٨ .

(٤) الكرائسي : هو الحسين بن علي بن يزيد الكرائسي البغدادي الشافعي محدث فقيه أصولي ، متكلم عارف بالرجال سمع الحديث الكثير وصحب الشافعي وحمل عنه العلم ، وعدّ في كبار أصحابه ، قال عنه ابن حبان : « كان ممن جمع وصنف ممن يحسن الفقه والحديث ولكنه أفسده قلة عقله » . توفي سنة ٢٤٥ هـ .

الثقات لابن حبان ١٩٨/٨ ، ميزان الاعتدال ٥٤٤/١ ، لسان الميزان ٣٠٣/٢ ، ٣٠٥ ، طبقات الشافعية للسبكي ١١٧/٢ - ١٢٦ .

(٥) ٢٧٢/١٢ ، وانظر فتح الباري ٨٤/٥ ، والمهذب للشيرازي ٤٣٨/١ .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل جمهور العلماء القائلين بأن تصرف الملتقط موقوف بما يلي :

الدليل الأول : عن زيد بن خالد الجهني^(١) أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال عرفها ، فإن جاء باغيها فأدها إليه ، وإلا فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء باغيها فأدها إليه رواه أبو داود^(٢) ورواه ابن ماجة بلفظ عرفها سنة ، فإن اعترفت فأدها إليه ، فإن لم تعترف فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء صاحبها فأدها إليه^(٣) .

وجه الاستدلال :

أن النبي ﷺ : أمرنا بأدائها إلى صاحبها قبل الإذن في أكلها وبعده^(٤) ، وبيان ذلك أن قوله ﷺ « فإن اعترفت فأدها إليه » أي إذا كانت موجودة ، وقوله « ثم كلها فإن جاء صاحبها » أي وهي غير موجودة بأن تصرف فيها بأكل أو غيره بأن أكلت ثمنها ، وقوله : « فأدها إليه » أي إن لم يجز تصرفك بها ، فإن أجازها وإلا فأدها إليه .

الدليل الثاني : الآثار التي رويت عن الصحابة ، فمن ذلك :

أ - عن سويد بن غفلة^(٥) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه قال في اللقطة : يعرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها ، فإن جاء صاحبها بعد ما يتصدق بها فإن اختار الأجر كان له ، وإن اختار المال كان له^(٦) .

(١) هو زيد بن خالد الجهني يكنى أبا عبد الرحمن ، وقيل أبو زرعة وقيل أبو طلحة سكن المدينة وشهد الحديبية مع رسول الله ﷺ وكان معه لواء جهينة توفي سنة ٧٨ هـ وقيل سنة ٦٨ هـ ، وله ٨٥ سنة وقيل غير ذلك .
أسد الغابة ٢ / ٢٢٨ ، الإصابة في تمييز الصحابة ١ / ٥٦٥ .

(٢) سنن أبي داود ٢ / ٣٣٣ ، رقم الحديث ١٧٠٦ (تحقيق الدعاس) .

(٣) سنن ابن ماجة ٢ / ٨٣٨ رقم الحديث ٢٥٠٧ .

(٤) فتح الباري ٥ / ٨٥ .

(٥) هو سويد بن غفلة بن عوسجة بن عامر ، أبو أمية الجعفي الكوفي ولد عام الفيل ، وأدرك الجاهلية ، وقدم المدينة حين نفضت الأيدي من دفن رسول الله ﷺ وشهد فتح اليرموك . روى عن جماعة من الصحابة وهو ثقة إمام زاهد توفي سنة ٨١ هـ .

الكاشف للذهبي ١ / ٤١٢ ، تهذيب التهذيب ٤ / ٢٧٨ .

(٦) مصنف عبد الرزاق ١٠ / ١٣٩ .

ب - وعن علي بن أبي طالب أنه قال في اللقطة : عرفها حولا ، فإن جاء صاحبها وإلا فتصدق بها ، وإن شئت أمسكت ، فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء ضمنك وإن شاء اختار الأجر^(١) .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن تصرف الملتقط باللقطة بعد مدة التعريف نافذ ولا يلزمه ردها بما يلي :

الدليل الأول : عن زيد بن خالد رضي الله عنه قال : جاء رجل^(٢) إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها . رواه البخاري^(٣) .

وجه الاستدلال :

أنه ﷺ قال : « فإن جاء صاحبها » ولم يذكر وجوب البدل^(٤) في حالة عدم وجودها كما أن قوله : « وإلا فشأنك بها » تفويض مطلق إلى اختيار الملتقط^(٥) . فدل على أنه إذا مضى الحول ، ولم يجيء صاحبها ، أصبح لا قطها مفوضا في تصرفه في اللقطة ، لأنه قد ملكها ، فلو جاء صاحبها لا يردّها إليه كما أنه لا يرد بدّلها .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش استدلالهم بأن يقال : إن عدم ذكر البدل في قوله : « فإن جاء صاحبها » لا يدل على عدم وجود البدل ، بل وجوب البدل مفهوم من الحديث والتقدير فإن جاء صاحبها فردّها إليه أو بدّلها إن كانت غير موجودة ، كما أننا لا نسلم أن قوله ﷺ : « وإلا فشأنك بها » تفويض مطلق بل مقيد بعدم مجيء صاحبها ، فإذا ما جاء فإن الحديث يدل على أنه أحق بها .

(١) الآثار لأبي يوسف ص ١٦٧ .

(٢) هو بلال المؤذن ، انظر المستفاد من مبهات الإسناد ص ٥٦ .

(٣) عمدة القارئ للعيني ٢٧٢ / ١٢ .

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ٩٦ / ٦ .

(٥) عمدة القارئ للعيني ٢٧٢ / ١٢ .

الدليل الثاني : عن زيد بن خالد عن رسول الله ﷺ ، فذكر الحديث السابق وفي آخره « فإن جاء صاحبها فأدها إليه وإلا فاصنع بها ماتصنع بمالك »^(١) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن قوله ﷺ : « فاصنع بها ماتصنع بمالك » دليل على دخول اللقطة في مال الملتقط ، وتملكه التام لها وإذن فلا يحق لأحد أن يطلبها بعد ذلك ، كما لا يجب عليه أن يردها لأنها أصبحت مالا له .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : إن قوله : « فاصنع بها ماتصنع بمالك لا يدل على دخولها في مال الملتقط ، وإنما يدل على جواز تصرفه فيها ، ثم إذا جاء صاحبها فله أن يجيز ما فعله أو يضمه إياها .

الدليل الثالث : أنه مال لا يعرف له مالك فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز^(٢) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك بأن يقال : نسلم أنه مال لا يعرف له مالك ، لأنه لو عرف لم يكن لقطة ، لكن لا نسلم أنه لا يلزمه رده بعد معرفة صاحبه ، وقياسه على الركاز قياس مع الفارق ؛ لأن الركاز لا يعرف له أحد أبدا ، وتستمر عدم معرفة صاحبه بخلاف اللقطة بعد معرفة صاحبه ، ولذلك يلزمه أن يردها إلى صاحبها .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو قول جمهور العلماء وأن تصرف الملتقط موقوف ، وأن صاحب اللقطة مخير بين إمضاء تصرف الملتقط وبين مطالبة بها ، لصراحة الأدلة الصحيحة الدالة على ذلك ، ولأنه هو المأثور عن الصحابة والتابعين^(٣) ، كما أنه لم ينقل الخلاف إلا من الكرايسي وداود الظاهري والبخاري ، وقد أجبنا عن أدلتهم عند مناقشتها .

(١) المحلى لابن حزم ٩ / ١٥٥ ، عمدة القارئ للعيني ١٢ / ٢٧٢ .

(٢) المهذب للشيرازي ١ / ٤٣٨ ، الوجيز للغزالي ص ١٥٠ .

(٣) مصنف عبد الرزاق ١٠ / ١٣٨ - ١٤٠ .

المبحث السابع : عتق الجنين

اختلف العلماء في عتق الجنين هل ينفذ من حينه ؟ أو أن عتقه موقوف على خروجه حيا ؟ أو أنه لا يعتق بالكلية ؟ وسنبين آراءهم في ذلك .

أما الحنابلة ففي مذهبهم روايتان :

الرواية الأولى : أنه ينفذ من حينه . وهي المذهب .

والرواية الثانية : أن عتقه موقوف على ولادته حيا . نص على هذه المسألة الإمام أحمد

في رواية ابن منصور^(١) ، قال : ولا يجب العتق بالولادة وهو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت^(٢) .

وذكر ابن رجب رأيا ثالثا في مذهب الحنابلة فقال : « وقياس ما ذكره القاضي وابن عقيل^(٣) أنه لا يعتق بالكلية إذ هو كالمعدوم قبل الوضع ... وقال في موضع آخر : وقال القاضي وابن عقيل : إذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجوده كعدمه »^(٤) فعلى هذا الرأي في مذهب الحنابلة إذا ولدته لا يعتق وإنما يلزم إنشاء العتق من جديد .

وأما المعتمد في مذهب الشافعية ، فإن الجنين ينفذ عتقه إذا نفخت فيه الروح ، جاء في تحفة المحتاج « ولو أعتق الحمل عتق إن نفخت فيه الروح وإلا لغا على المعتمد » قال صاحب الحاشية^(٥) قوله : (إن نفخت فيه) الظاهر أن المراد بلوغه أو أنه نفخ الروح

(١) ابن منصور : هو أبو يعقوب إسحاق بن منصور بن بهرام الكوسج المروزي ولد بمر و صار علما فقيها ، ودون عن الإمام أحمد المسائل في الفقه كان ثقة توفي بنيسابور سنة ٢٥١ هـ ، طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى ١١٣/١ - ١١٥ رقم الترجمة ١٣٣ ، تذكرة الحفاظ ٥٢٤/٢ ، ٥٢٥ رقم الترجمة ٥٤٢ .

(٢) المحرر لأبي البركات ابن تيمية ٤/٢ ، والمغني لابن قدامة ٣٨٢/٩ ، والقواعد لابن رجب ٣٨٢/٩ .

(٣) ابن عقيل : هو علي بن محمد بن عقيل البغدادي أبو الوفاء الإمام الفقيه الأصولي المقرئ أحد أفاضل العالم ، وأذكى بني آدم ولد سنة ٤٣١ هـ وقرأ الفقه على القاضي أبي يعلى ، وأبي إسحاق الشيرازي ، والقاضي أبي الطيب الطبري توفي سنة ٥١٣ هـ .

له مصنفات منها كتاب « الفنون » وهو كتاب كبير جدا وكتاب « الفصول في الفقه » و« عمدة الأدلة » في الفقه وكتاب « المفردات » في الفقه وكتاب « التذكرة » . انظر ذيل طبقات الحنابلة ١٤٢/١ - ١٦٢ والمنهج لأحمد ٢١٥/٢ - ٢٣٠ .

(٤) القواعد لابن رجب ص ١٩٧ - ١٩٩ ، وانظر الإنصاف للمرداوي ٤٠٠/٧ .

(٥) هو الشرواني .

الذي دل عليه كلام الشارع وهو مائة وعشرون يوما^(١) .

وأما المالكية فقد ذكر بعضهم أن الجنين يعتق وهو في بطن أمه من دون تحديد بوقت معين . جاء في التاج والإكليل « اختلف قول مالك فيمن تزوج أمة ثم اشتراها وهي حامل فمرة قال : إنها تكون أم ولد ، لأنه عتق عليه وهو في بطنها وهو مذهب ابن القاسم وأكثر أصحاب مالك^(٢) .

وأما بعضهم فالظاهر أنهم يرون بأن عتق الجنين موقوف على ولادته حيا . جاء في أصول الفتيا « الأصل في عتق ما في البطون أن عتقه ضعيف ، وإن أدركه دين بيعت الأم ورق برقها ، وإنما حريتها بخروجه من البطن^(٣) .

وأما الحنفية فإن عتقه عندهم ينفذ من حينه ، لكنهم يقولون لا بد من تحقق وجوده قبل التحرير ، جاء في رد المختار على الدر المختار « لو حرر الحمل وحده بأن قال : حملك أو قال المضغة أو العلقة التي في بطنك حر عتق ، لكن لا بد من تحقق وجوده قبل التحرير بأن ولدته لأقل من ستة أشهر ، فلو لسته أشهر فأكثر لا يعتق ولا يكون قوله ما في بطنك حر إقرار بوجوده لعدم التيقن به لجواز حدوثه^(٤) .

وذهب ابن حزم إلى أن الجنين ينفذ عتقه قبل أن تنفخ فيه الروح . جاء في المحلى « يجوز عتقه (أي الجنين) قبل أن ينفخ فيه الروح^(٥) .

فتلخص مما ذكر أن للعلماء في نفاذ عتق الجنين أو عدم نفاذه ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن عتق الجنين ينفذ من حينه وهو مذهب الحنابلة والحنفية والمعتمد عند الشافعية ، وبه قال بعض المالكية ، وابن حزم .

القول الثاني : أن عتق الجنين موقوف على خروجه حيا وهو رواية عند الحنابلة وبه قال بعض المالكية .

(١) ٣٥٩/١٠ ، وانظر نهاية المحتاج ٤/٤٧١ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/٧٢٣ .

(٢) ٣٥٦/٦ .

(٣) ص ١٩٢ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٧٥ .

(٤) ١٥/٣ وانظر كشف الحقائق ١/٢٤٣ ، وفتح الله المعين على من لا مسكين ٢/٢٦٠ .

(٥) المحلى ١٠/١٩٥ .

القول الثالث : أن عتق الجنين لا ينفذ بالكلية وهو قياس ما ذكره القاضي وابن عقيل عن الحنابلة^(١).

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل القائلون بأن عتق الجنين ينفذ من حينه بأن حكم الجنين حكم الإنسان المنفرد ، ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فأسقطت جنينا وجب فيه غرة مورثة عنه كأنه سقط حيا ، وتصح الوصية به ، وله ويرث إذا مات موروثه قبل أن يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالمفصل^(٢).

كما يمكن أن يستدل له بما ذكره ابن حزم من أن الناس في عهد رسول الله ﷺ وبعلمه وبعده يعتقدون الحوامل ، وينفذون عتق حملها^(٣).

دليل القول الثاني : وأما القائلون بأن عتق الجنين موقوف على ولادته فلم أجد لهم دليلا .

دليل القول الثالث : واستدل القائلون ببطلان إعتاق الحمل أنه أشبه المعدوم قبل الوضع والعتق لا يرد على المعدوم^(٤).

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن يقال إن تشبيه المعدوم غير مسلم بل هو موجود ويتحقق وجوده بوضعه .

الرأى المختار :

والذي أختاره هو القول الأول ، أن عتق الجنين نافذ من حينه لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة .

(١) ذكر ابن رجب لهذا الاختلاف فوائد منها :

أ - لو زوج ابنه بأمته فولدت ولدا بعد موت الجد سيد الأمة ، فإن قلنا يعتق الحمل فقد عتق على جده ، نص على ذلك أحمد في رواية أبي طالب وصالح ، وإن قلنا لا يعتق حتى يوضع فهو تركة مورثة عن سيده فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم ، ويعتق عليهم بالملك نص على ذلك أحمد في رواية المروذي ، وهذا لأننا إن قلنا ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين ، وإلا فهو موجود حقيقة ، ومودع في أمه فالملك فيه قائم .

ب - أن يعتق الجنين ثم يجني عليه ثم ينفصل ميتا ، فإن قلنا عتق وهو حمل ضمنه ضمان جنين حر ، وإن قلنا أنه لم يعتق ضمنه ضمان جنين رقيق .

وقال القاضي وابن عقيل إذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجوده كعدمه في هذه الصورة وهو ضعيف ، القواعد لابن رجب ص ١٩٧ .

(٢) الشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة المقدسي ٣٥١/٦ .

(٢) المحلى ١٩٧/١٠ .

(٣) القواعد لابن رجب ص ١٩٧ .

المبحث الثامن : الوصية للوارث

اختلف العلماء في حكم الوصية للوارث على قولين :

القول الأول : أن الوصية للوارث تصح موقوفة على إجازة الورثة فإن أجازوها

نفذت وإن رفضوها بطلت ، وإن أجازها بعضهم ورفضها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز ، وبطلت في حصة من لم يجز ، وبه قال الحنفية وهو أحد القولين في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة .

جاء في الهداية « ولا تجوز لوارثه ... إلا أن تجيزها الورثة لأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ، ولو أجاز البعض ورد البعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه ، وتبطل في حق الراد »^(١) .

وجاء في الكافي لابن عبد البر « ومن أوصى لوارثه بشيء وإن قل ، فإن أجازها الورثة بعد موته جازت ، وإن لم يجزوها فهي موروثة عن الميت ، وإن أجاز ذلك بعض الورثة لزمه في نصيبه بقسطه »^(٢) .

وجاء في نهاية المحتاج « تصح الوصية لوارث في الأظهر إن أجاز باقي الورثة المطلقى التصرف ، وقلنا بالأصح إن إجازتهم تنفيذ لا ابتداء عطية »^(٣) .

وجاء في الكافي لابن قدامة « ولا تجوز الوصية لوارث فإن فعل صحت في ظاهر المذهب ووقفت على إجازة الورثة »^(٤) .

(١) المرغيناني ٢٣٣/٤ وجاء في تبين الحقائق ١٨٢/٦ « ولا تصح لوارثه إن لم تجز الورثة » وانظر بدائع الصنائع ٣٣٨/٧ ، والعناية بهامش تكملة فتح القدير ٤٢٦/٨ ، ٤٢٧ .

(٢) ١٠٢٤/٢ ، وجاء في حاشية الدسوقي ٣٨٠/٤ « وذهب ابن القصار وابن العطار إلى أنه ليس ابتداء عطية وإنما هو تنفيذ لما فعله الميت وهو الذي نقل عن المذهب » .

(٣) ٤٨/٦ وجاء في فتح الجواد لابن حجر ١٨/٢ « تصح الوصية لوارث بإجازة من بقية الورثة المطلقى التصرف فإن لم يجزوا أو لم يكن وارث غير الموصى له بطلت ولو بدون الثلث ، وإجازتهم هنا تنفيذ لصحة الوصية لا ابتداء تمليك » . وانظر الأم للشافعي ٣٦/٤ ، والوجيز للغزالي ٢٧٠/١ ، ٢٧١ ، وشرح روض الطالب لذكرى الأنصاري ٣٣/٣ والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٥٩/٢ ، وجواهر العقود للمنهاجي ٤٤٣/١ .

(٤) ٤٧٩/٢ وجاء في الفروع لابن مفلح ٤٦١/٤ « الوصية للوارث كالوصية لغيره بزيادة على الثلث في أنها تصح بالإجازة وتبطل بالرد بغير خلاف » وانظر المغني لابن قدامة ٦/٥ ، والمبدع في شرح المقنع ١١/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٣٨/٢ ، والمذهب الأحمد لابن الجوزي ص ١٤٨ .

القول الثاني : أن الوصية للوارث باطلة وإن أجاز الورثة ما أوصى به للوارث وإجازتهم تعتبر عطية منهم ، وليست تنفيذ الوصية الموصي ، وهو المشهور عند المالكية ، وبه قال الشافعية والحنابلة في أحد القولين عندهم ، وهو مذهب الظاهرية .

جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل « تبطل الوصية للوارث بأن يوصي بما يخالف حقوقهم ، أو لبعض دون بعض ... وإذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة ، أو ما زاد على الثلث لغير الوارث فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية لا أنه تنفيذ وصية ، فلا بد من قبول الموصي له ولا تتم إلا بالحيازة وقبل حصول مانع للمجيز »^(١) .

وجاء في المذهب « اختلف قول الشافعي في الوصية للوارث فقال في أحد القولين : لا تصح ... فعلى هذا الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة »^(٢) ، وجاء في المغني « وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة »^(٣) . وجاء في المحلى « ولا تحل الوصية لوارث أصلا ... وسواء جوز ذلك الورثة أم لم يجوزوا إلا أن يتدثوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو ما لهم »^(٤) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بأن الوصية للوارث تصح موقوفة على إجازة الورثة بما يلي :

الدليل الأول : عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يجوز لوارث وصية إلا أن يجيز الورثة » رواه الدارقطني والبيهقي^(٥) .

ففي الحديث دليل صريح على أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت .

(١) ١٧١/٨ وجاء في البهجة في شرح التحفة ٣١٢/٢ « وامتنعت لوارث ... إلا أن يجيزها الورثة فهو ابتداء عطية منهم على المشهور » وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٨٠/٤ وأسهل المدارك ١٧٣/٣ .

(٢) ٤٥١/١ وانظر الوجيز للغزالي ١٦٢/١ .

(٣) ٦/٦ وانظر المبدع في شرح المقنع ١٢/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٣٨/٢ .

(٤) ٤٢٥/١٠ .

(٥) سنن الدارقطني ٩٨/٤ ، ١٥٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٤/٦ ، قال ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٩٨ عن هذا الحديث : حديث حسن .

الدليل الثاني : من المعقول ، وهو أن الامتناع لحق الورثة فتجوز بإجازتهم^(١) .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون ببطلان الوصية للوارث بما يلي :

الدليل الأول : عن أبي أمامة الباهلي^(٢) قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » ، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي^(٣) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إنه قد ورد في الحديث ألا وصية لوارث ، والنفي لا يمكن أن يكون منصبا على الوجود ، لأن الوصية للوارث موجودة ، فتعين أن يكون المراد بالنفي نفي الصحة . والمعنى « لا وصية صحيحة لوارث » .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : لا نسلم أن المراد بالنفي في الحديث نفي الصحة وإنما المراد به نفي النفاذ . والمعنى لا وصية نافذة ، ولما كان الحق للورثة توقف على إجازتهم بدليل ما رواه ابن عباس مرفوعا وفيه (إلا أن يجيز الورثة)^(٤) .

الدليل الثاني : أن الوصية للوارث تثير الحقد في نفوس باقي الورثة وتوغر صدور بعضهم على بعض وقد قال رسول الله ﷺ : « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر »^(٥) .

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦ .

(٢) أبو أمامة الباهلي : هو صدي بن عجلان بن وهب وقيل عجلان بن الحارث الباهلي السهمي ، وسهم بطن من باهلة غلبت عليه كنيته سكن مصر ثم انتقل منها فسكن حمص من الشام وكان من المكثرين في الرواية ، وأكثر حديثه عند الشاميين توفي سنة ٨١ هـ وقيل سنة ٨٦ هـ وله من العمر ٩١ سنة . الاستيعاب ٧٣٦/٢ ، أسد الغابة ١٦/٣ ، ١٣٨/٥ ، الإصابة ١٨٢/٢ .

(٣) سنن أبي داود ٢٩٠/٣ رقم الحديث ٢٨٧٠ (تحقيق الدعاس) . وسنن الترمذي ٢٩٤/٦ رقم الحديث ٢١٢١ وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وسنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ رقم الحديث ٢٧١٣ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٦٤/٦ .

(٤) انظر ص ٣٣٠ من هذا البحث .

(٥) جاء في نصب الراية ٤٠٢/٤ أن الحديث رواه ابن مردويه . قال الزيلعي : إنه غريب . ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٢٧١/٦ عن ابن عباس بلفظ « الإضرار في الوصية من الكبائر » ، وقال : الصحيح أنه موقوف .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك. بأن يقال : إن الحيف إنما يقع لو كانت الوصية نافذة ، أما إذا كانت موقوفة على إجازة الورثة ، فإن الحيف يزول فلهم أن يمضوا عن طيب نفس ولهم أن يردوا .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول ، أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة لأمرين :

أولا : أن فيه اعتبارا لما أوصى به الميت في حياته في حالة إجازة الورثة له .

ثانيا : أن فيه حماية للورثة ومنعا للضرر عنهم بوقفه على إجازتهم .

المبحث التاسع : الوصية لغير وارث بأكثر من الثلث

اختلف العلماء في حكم الوصية لغير وارث بأكثر من الثلث على قولين :

القول الأول : أن الوصية بما زاد على الثلث تبطل في الزائد ، وأن إجازة الورثة لا

تصحح هذا البطلان ، وهو مذهب مالك ، وهو قول عند الشافعية ، وبه قال بعض الحنابلة وهو مذهب الظاهرية .

جاء في الشرح الكبير للدردير « تبطل الوصية لغير وارث بزائد على الثلث ، فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله أو بقدر معين يبلغ نصف ماله نفذت الوصية بالثلث ، ورد ما زاد عليه وهذا مذهب مالك والجمهور »^(١) .

وجاء في المهذب « وإذا أوصى بما زاد على الثلث فإن كان له وارث ففيه قولان أحدهما أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث »^(٢) .

وجاء في الكافي لابن قدامة « إن أوصى من له وارث بزيادة على الثلث فقال بعض أصحابنا الوصية باطلة والإجازة هبة يفتقر إلى لفظها »^(٣) .

(١) ٣٨٠/٤ وجاء في الفواكه الدواني ١٤٤/٢ « الوصايا خارجة من الثلث ويؤخذ ما زاد على الثلث ، ولو كان الزائد شيئا يسيرا إلا أن يجيزه الورثة البالغون الرشداء فتكون الإجازة ابتداء عطية منهم لأن الحق انتقل لهم » .

(٢) ٤٥٠/١ وجاء في نهاية المحتاج ٥٤/٦ « والوصية على القول الثاني بالزيادة لغو » .

(٣) ٤٧٥/٣ ، ٤٧٦ . (بتصرف) وجاء في الإنصاف للمرداوي ١٩٤/٧ ، « وعنه الوصية باطلة وإن أجازها =

وجاء في المحلى « ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث ، كان له وارث أو لم يكن له وارث أجاز الورثة أو لم يجيزوا »^(١) .

القول الثاني : أن الوصية بما زاد على الثلث لا تبطل في الزائد وإنما يوقف ما زاد على إجازة الورثة فإن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل وهو مذهب الحنفية ، وهو قول في مذهب المالكية والشافعية وبه قال بعض الحنابلة .

جاء في بدائع الصنائع « ولو أوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له ، تجوز من جميع المال ، وكذلك إذا كان له وارث ، وأجاز الزيادة على الثلث لأن امتناع النفاذ في الزيادة لحقه »^(٢) .
وجاء في الكافي لابن عبد البر « وإن أوصى بأكثر من ثلثه لم يجز ما زاد على الورثة إلا أن يجيزه الورثة هم في ذلك بالخيار ، فإن أبى بعضهم وأجاز بعضهم لزم من أجاز ذلك منهم في نصيبه بقسطه ، وإن أجازوه كلهم جاز ، وإن لم يجيزوا كلهم نفذ عليهم الثلث »^(٣) .

وجاء في المهذب « وإن أوصى بما زاد على الثلث فإن كان له وارث ففيه قولان ... الثاني أنها تصح وتقف على إجازة الوارث فإن أجاز نفذت وإن ردها بطلت »^(٤) .

وجاء في المغني « الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم ، فإن أجازوه جاز ، وإن ردوه بطل في قول جمع من العلماء »^(٥) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بطلان الوصية فيما زاد على الثلث بما يلي :

= الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة واختاره بعض الأصحاب « وجاء في ص ١٩٥ ، ١٩٦ « وإجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذهب ، وعنه ما يدل على أن الإجازة هبة مبتدأة » .

(١) ٤٢٥/١٠ .

(٢) ٣٧٠/٣ وجاء في الهداية للمرغيناني ٢/٢٣٢ « ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة بعد موته » .

(٣) ١٠٢٤/٢ وجاء في التاج والإكليل ٦/٣٦٨ « تصح للوارث وتقف على إجازة الورثة كزائد الثلث لغيره ، وفي كونها بالإجازة تنفيذاً أو ابتداء عطية منهم قولان » .

وجاء في الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب ص ١٥٣ « إجازة الورثة هل هي تقرير أو إنشاء عطية ، وعليه إجازة الوصية للوارث أو الزائد على الثلث فعلى التنفيذ لا يفتقر إلى الحوز وعلى أنها ابتداء عطية يفتقر إلى الحوز على المشهور » .

وانظر الإشراف على مسائل الخلاف لعبد الوهاب البغدادي ٢/٣١٧ والشرح الصغير للدردير ٤/٥٨٦ .

(٤) ٤٥٠/١ .

(٥) ١٣/٦ وجاء في المقنع ٢/٣٥٨ « ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث لأجنبي ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة ، قال المرداوي : « يعني أنها تصح فتكون موقوفة عليها » ١ .

هـ الإنصاف ٧/١٩٤ ، وانظر المبدع في شرح المقنع ٦/١١ .

الدليل الأول : عن سعد بن أبي وقاص^(١) رضي الله عنه قال : جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة ، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها ، قال : « يرحم الله ابن عفرأ^(٢) » . قلت : يا رسول الله أوصي بمالي كله ؟ قال : « لا » . قلت : فالشطر ؟ قال : « لا » . قلت : الثلث ؟ قال : « فالثلث والثلث كثير ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم » الحديث^(٣) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال إن الرسول ﷺ أجاز الوصية بالثلث ، ونهى عن الزيادة على الثلث ، فالموصي بزيادة على الثلث يكون مرتكباً لما نهى الرسول ﷺ عنه فيكون باطلاً ، وعليه فإن إجازة الورثة لا تصحح ما كان باطلاً بحكم الشرع .

المناقشة :

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن النهي لا يقتضي الفساد إلا إذا رجع النهي لذات الشيء أو لازمه ، وهنا الأمر ليس كذلك لأنه راجع لأمر خارج عنه وهو رعاية حق الوارث^(٤) .

الدليل الثاني : عن أبي الدرداء^(٥) عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم » رواه أحمد والبخاري^(٦) والدارقطني^(٧) .

(١) هو سعد بن مالك بن وهيب وقيل أهيب بن عبد مناف القرشي يكنى أبا إسحاق ، أسلم بعد ستة وقيل بعد أربعة وعمره سبع عشرة سنة ، وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله ، واستعمله عمر بن الخطاب على الجيوش التي سيرها لقتال الفرس ، وكان أمير الجيش الذين هزموا الفرس بالقادسية وبجلولاء . توفي سنة ٥٦ هـ وقيل سنة ٥٨ هـ وقيل غير ذلك . أسد الغابة ٢/٢٩٢ ، الإصابة لابن حجر ٢/٢٣ .

(٢) جاء في فتح الباري ٥/٣٦٤ « قوله (ابن عفرأ) غير محفوظ ، قال الدمياطي : هو وهم والمعروف « ابن خولة » ولعل الوهم من سعد بن إبراهيم فإن الزهري أحفظ منه وقال فيه « سعد بن خولة » .

(٣) رواه البخاري انظر فتح الباري ٥/٣٦٣ رقم الحديث ٢٧٤٢ ومسلم في صحيحه ٣/١٢٥٠ ، رقم الحديث ١٦٢٨ .

(٤) انظر نهاية المحتاج للرملي ٥٤/٦ .

(٥) أبو الدرداء : مشهور بكنيته وفي اسمه واسم أبيه خلاف والأشهر أنه عويمر بن مالك بن زيد بن قيس وقيل اسمه عامر بن مالك وزيد لقب ، وهو من الخزرج ولاء معاوية قضاء دمشق في خلافة عمر توفي سنة ٣٢ هـ . أسد الغابة ٥/١٨٥ ، الإصابة لابن حجر ٣/٤٥ .

(٦) البزار : هو الحافظ أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البصري صاحب « المسند الكبير » المعلن توفي بالري سنة ٢٩٢ هـ ، تذكرة الحفاظ ٢/٦٥٣ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٨٥ .

(٧) انظر مسند أحمد ٦/٤٤٠ ، ٤٤١ وكشف الأستار عن زوائد البزار ٢/١٣٩ وسنن الدارقطني ٤/١٥٠ ، ورواه =

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الحديث فيه تقييد الوصية بالثلث وهو يفيد أنه لاحق للموصي فيما يزيد على الثلث ؛ لأنه حق للورثة فكان منهيًا عنه ، فإذا خالف وأوصى كانت الزيادة على الثلث باطلة .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن الحديث لا يدل إلا على أن الله سبحانه تصدق بالثلث من أجل الوصية به ، وذلك لأن ما زاد على الثلث المنع فيه لحق الورثة وليس في الحديث ما يدل على المنع من إجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث .

الدليل الثالث : عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً . رواه مسلم^(١) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال فيقال : إنه لو كانت الوصية تجوز بالزائد على الثلث لنفذ عتق الجميع ، فلما رد الرسول ﷺ ما زاد على الثلث ، دل على عدم جوازه .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن ورثة المعتق لم يجزوا ما فعله بدليل ما رواه الإمام أحمد عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق عند موته ستة رجلة له فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله ﷺ بما صنعه ... الحديث^(٢) وإخبارهم رسول الله ﷺ بما صنعه يدل على معارضتهم وعدم إجازتهم له ، فظهر أن المنع لحق الورثة بما زاد على الثلث ، فلذلك توقف على إجازتهم .

دليل القول الثاني : استدل القائلون بأن الوصية بما زاد على الثلث لا تبطل في الزائد ،

= ابن ماجه عن أبي هريرة ، انظر سنن ابن ماجه ٢/٩٠٤ ، قال ابن حجر : « أخرجه أحمد والبخاري من حديث أبي الدرداء وابن ماجه من حديث أبي هريرة ، وكلها ضعيفة لكن قد يقوي بعضها بعضاً » ١ . هـ . بلوغ المرام ص ٢٠٠ .

(١) صحيح مسلم ٣/١٢٢٨ رقم الحديث ١٦٦٨ .

(٢) مسند أحمد ٤/٤٤٦ .

وإنما يوقف ما زاد على إجازة الورثة بحديث سعد بن أبي وقاص المتقدم^(١) وفيه « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم » .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن يقال : إن قوله ﷺ : « إنك أن تدع ورثتك أغنياء » فيه دليل على اعتبار حق الورثة فيما زاد على الثلث ، وأن الامتناع في نفاذ الوصية في القدر الزائد على الثلث إنما هو لحقهم فإذا أسقطوا هذا الحق بالإجازة فإنه ينفذ ولا يبطل .

الرأى المختار :

والذي أختاره هو القول الثاني وهو أن الوصية بما زاد على الثلث لغير وارث تكون موقوفة على إجازة الورثة لقوة دليله وسلامته من المناقشة ولأن فيه حماية للورثة ، ومنعاً للضرر عنهم بإيقافه على إجازتهم ، كما أن فيه اعتباراً لما أوصى به الموصي وعدم إلغائه في حالة إجازة الورثة .

المبحث العاشر : الوصية لعبده بمعين من ماله

اختلف العلماء في حكم وصية الموصي لعبده بمعين من ماله - سوى رقبته - كثوب أو دار ، على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الوصية باطلة وبه قال الحنفية ، والشافعية ، وأكثر الحنابلة والثوري وإسحاق .

جاء في بدائع الصنائع « ولو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من حاله - سوى رقبة العبد - لا تصح الوصية ، لأنه إذ ذاك يكون موصياً لنفسه »^(٢) . وجاء في الأم للشافعي « ولا تجوز الوصية لعبد أجنبي ولا عبد الموصي »^(٣) ، وجاء في المغني لابن قدامة « إن أوصى له « أي لعبده » بمعين من ماله

(١) انظر ص ٣٣٤ من هذا البحث .

(٢) ٣٤٢/٧ .

(٣) ٤٧/٤ .

كثوب أو دراهم أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الأكثرين وبه يقول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي»^(١).

القول الثاني : أن الوصية لعبده صحيحة وهو قول الإمام مالك ، ورواية عند الحنابلة وبه قال أبو ثور^(٢) والظاهرية^(٣).

جاء في المدونة « سألت مالكا عن الذي يوصي لعبد نفسه بوصية دنانير قال مالك : أراها جائزة ، ولا أرى للورثة أن ينزعوا ذلك منه ، ولو جاز لهم أن ينزعوا منه لكانت وصية الميت غير نافذة »^(٤) وجاء في المغني « وذكر ابن أبي موسى^(٥) رواية أخرى عن أحمد أنها (أي الوصية لعبده) تصح ، وهو قول مالك وأبي ثور »^(٦) وجاء في المحلى « وصية المرء لعبده بمال مسمى أو بجزء من ماله جائز ... وقال أبو ثور وأبو سليمان كما قلنا »^(٧).

القول الثالث : أن الوصية موقوفة على إجازة الورثة ، وبه قال الحسن وابن سيرين : جاء في المغني لابن قدامة ، « وقال الحسن وابن سيرين : إن شاء الورثة أجازوا وإن شاعوا ردوا » ا . هـ^(٨).

ويفهم من ذلك أن الوصية عندهما قد انعقدت صحيحة لكنها توقفت على إجازة الورثة .

(١) ١٠٩/٦ .

(٢) هو إبراهيم بن خالد الكلبي الفقيه المحدث صاحب الإمام الشافعي كان من أنصار مذهبه ثم انصرف عنه وأخذ يجتهد توفي سنة ٢٤٠ هـ - طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩٢ ، وتذكرة الحفاظ ٥١٢/٢ ، ٥١٣ .

(٣) الظاهرية يختلفون مع المالكية والحنابلة في عتق العبد الموصى له ، فالظاهرية يرون أنه لا يعتق لأنه لم يوص له من رقبته بشيء ، وإنما أوصى له بالمال ، والمالكية وبعض الحنابلة يرون أنه يعتق ، انظر حاشية الدسوقي ٣٣٣/٤ ، والإنصاف للمرداوي ٢٢٥/٧ ، ٢٢٦ ، والمحلى لابن حزم ٤٤٤/١٠ .

(٤) ٢٩٥/٤ ، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٣/٤ .

(٥) ابن أبي موسى : هو عبد الخالق بن عيسى بن أحمد بن موسى المنتهي نسبه إلى الشريف أبي جعفر بن أبي موسى الهاشمي العباسي ، له تصانيف منها « رؤوس المسائل » توفي سنة ٤٧٠ هـ . طبقات الحنابلة ٢٣٧/٢ - ٢٤١ ، والمنهج لأحمد ١٢٦/٢ .

(٦) ١٠٩/٦ ، وانظر الكافي لابن قدامة ٤٨٠/٢ ، والمقنع لابن قدامة ٣٦٨/٢ ، والإنصاف للمرداوي ٢٢٥/٧ .

(٧) ٤٤٤/١٠ .

(٨) ١٠٩/٦ .

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل القائلون بأن الوصية لعبده باطلة بقولهم إن العبد يصير ملكا للورثة فما أوصى به فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه^(١).

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن الوصية صحيحة بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾^(٢) الآية .

وجه الاستدلال :

أن الله سبحانه وتعالى أمر بإنكاح الإماء وإيتائهن مهرهن فدل ذلك على أن الأمة تملك ، وإذا كانت تملك جازت الوصية لها^(٣).

المناقشة :

ويمكن أن يرد هذا الدليل بأن يقال : لا نسلم أن معنى الآية ما ذكرتموه وإنما المراد بها أحد أمرين :

الأمر الأول : أن المراد إعطاؤهن المهر بشرط إذن المولى فيه فيكون الإذن المذكور بدا مضمرا في إعطائها المهر ، كما كان مشروطا في التزويج ، فيكون تقديره فانكحوهن بإذن أهلهن ، وآتوهن أجورهن بإذنهم ، فدل ذلك على أنه غير جائز إعطاؤهن المهر إلا بإذن المولى ، وهو كقوله تعالى : ﴿ وَالْحَفِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَفِظَاتِ ﴾^(٤) والمعنى والحافظات فروجهن .

الأمر الثاني : أن يكون أضاف الإعطاء إليهن والمراد المولى كما لو تزوج صبية صغيرة أو أمة صغيرة بإذن الأب والمولى جاز أن يقال أعطهما مهرهما ويكون المراد إعطاء الأب

(١) انظر المغني لابن قدامة ١٠٩/٦ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٤٢/٧ .

(٢) سورة النساء آية ٢٥ وهذا الدليل لابن حزم انظر المحلى ٤٤٧/١٠ .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ٤٤٧/١٠ .

(٤) سورة الأحزاب آية ٣٥ .

أو المولى ، ألا ترى أنه يصح أن يقال لمن عليه دين لیتیم قد مطله به إنه مانع للیتیم حقه ، وإن كان الیتیم لا يستحق قبضه ، ويقال : أعط الیتیم حقه ، قال تعالى : ﴿ وَآتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ ﴾ ^(١) وقد انتظم ذلك الصغار والكبار من أهل هذه الأصناف وإعطاء الصغار إنما يكون بإعطاء أوليائهم فكذلك جائز أن يكون المراد بقوله (وآتوهن) إيتاء من يستحق ذلك من موالیهن ^(٢) .

الدليل الثاني : أن الأصل هو تنفيذ ما يوصي به الموصي ، ولو جاز للورثة أن ينزعوا ما أوصى به الموصي للعبد لكانت وصية الميت غير نافذة ^(٣) .

الناقشة :

ويمكن أن يجاب عن هذا الدليل فيقال : إن الوصية إذا لم يكن لها فائدة أو مخالفة للشرع فإنها لا تنفذ ، وههنا الوصية لا تنفذ لعدم الفائدة منها ولما سبق أن ذكرنا من أن الموصي أوصى لورثته بما يرثونه ^(٤) .

دليل القول الثالث : وأما القائلون بأن الوصية موقوفة على إجازة الورثة فلم أجد لهم دليلا .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن وصية الموصي لعبده بمعين من ماله باطلة ، وذلك لما ذكر من أنه لا فائدة في هذه الوصية لأن العبد لن يعتق من ذلك ؛ لأنه لم يوص له برقبته أو بجزء من ماله كالربع والسدس ، وإنما أوصى له بشيء معين محدود لا يقبل دخول العبد فيه ، وإذن فلا يعتق .

(١) سورة الإسراء آية ٢٦ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١٦٧/٢ .

(٣) انظر المدونة ٢٩٥/٤ .

(٤) انظر دليل أصحاب القول الأول .

المبحث الحادي عشر : الوصية لعبد وارثه

اختلف العلماء في حكم الوصية لعبد وارثه في حالة تعدد الوارث على قولين :
القول الأول : إنها صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ، وبه قال الحنفية وهو أظهر
قولي الشافعية ، وبه قال الحنابلة .

أما فيما يتعلق بمذهب الحنفية فقد جاء في بدائع الصنائع « ولو أوصى لعبد وارثه لا يصح لأن الملك يقع له ، فكانت الوصية لوارثه »^(١) . هـ ويفيد ذلك أن الوصية لعبد وارثه موقوفة على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث عند الحنفية ليست باطلة ، وإنما هي موقوفة على إجازة الورثة . قال الكاساني : « الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الإجازة جازت ، والباطل لا يحتمل الجواز بالإجازة ، وبه تبين أن الوارث محل للوصية لأن التصرف في المضاف إلى غير محله يكون باطلا »^(٢) .

وعليه فإن مراد الكاساني بقوله : « ولو أوصى لعبد وارثه لا يصح » أي لا ينفذ وبالنسبة لمذهب الشافعية جاء في كفاية الأخيار « الوصية لعبد وارثه كالوصية له »^(٣) والوصية للوارث عند الشافعية فيها قولان ، أظهرهما أنها موقوفة على إجازة الورثة قال النووي : « المسألة السادسة في الوصية للوارث .. ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله ، فلو خالف وله وارث خاص فرد بطلت الوصية في الزيادة على الثلث ، وإن أجاز دفع المال بالزيادة إلى الموصى له ، وهل إجازته تنفيذ لتصرف الموصي أم ابتداء عطية من الوارث ؟ قولان أظهرهما تنفيذ »^(٤) .

وفيما يتعلق بمذهب الحنابلة جاء في المغني « وإن أوصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة »^(٥) .

القول الثاني : إنها باطلة وبه قال المالكية إلا أنهم استثنوا الوصية بالشيء التافه إذا قصد

(١) ٣٣٨/٣ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٨/٧ .

(٣) ٣٤/٢ .

(٤) روضة الطالبين ١٠٨/٦ .

(٥) ١١٠/٦ .

به الموصي العبد دون غيره فقالوا يصح . كما قال بالبطلان الشافعية في القول الثاني عندهم .

أما فيما يتعلق بمذهب المالكية فقد جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل « إذا أوصى لعبد وارثه بشيء قليل أو كثير فإن تعدد الوارث فلا تجوز الوصية إلا إذا كانت بشيء تافه وأراد الموصي بذلك العبد دون غيره من الورثة ، أما لو أراد نفع سيد العبد بطلت لأنها وصية لوارث »^(١) .

وأما الشافعية فقد سبق أنهم يرون أن الوصية لعبد وارثه كالوصية للوارث ، والوصية للوارث لهم فيها قولان ، الثاني لا تصح^(٢) .

الأدلة :

استدل القائلون بأن الوصية لعبد وارثه صحيحة موقوفة على إجازة الورثة بأن الملك يقع للوارث لا للعبد ، فكانت الوصية للوارث ، والوصية للوارث عندهم موقوفة على إجازة الورثة كما سبق^(٣) .

واستدل أصحاب القول الثاني بأن الوصية للعبد لا تصح بأنه لا يملك وإنما الملك لسيدته والسيد وارث ، والوارث لا تصح الوصية له^(٤) .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول وهو أن الوصية لعبد وارثه صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ، وذلك لأن اختلاف العلماء في جواز الوصية لعبد وارثه مبني على اختلافهم في جواز الوصية للوارث ، وقد رجحنا فيما سبق^(٥) أن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة .

(١) ١٧٠/٨ .

(٢) انظر ص ٣٣٠ من هذا البحث .

(٣) انظر ص ٣٢٩ من هذا البحث .

(٤) انظر الخرشي على خليل ١٧٠/٨ ، وروضة الطالبين للنووي ١٠٤/٦ ، ١٠٨ والمغني لابن قدامة ١١٠/٦ .

(٥) انظر ص ٣٣٢ من هذا البحث .

المبحث الثاني عشر : الوصية لقاتل الموصي خطأ بثلت ماله

اختلف العلماء في حكم الوصية لقاتل الموصي خطأ بثلت ماله إلى أربعة أقوال :

القول الأول : أن الوصية باطلة وهو قول في مذهب الشافعية^(١) ، وبه قال أبو يوسف^(٢) من الحنفية وأبو بكر من^(٣) الحنابلة .

القول الثاني : أن الوصية تصح موقوفة على إجازة الورثة ، وإليه ذهب أبو حنيفة ومحمد^(٤) ، وهو أصح الوجهين عند الشافعية^(٥) .

القول الثالث : أن الوصية للقاتل صحيحة مطلقا في أية حالة من حالاته سواء أكان بعد الجرح أم قبله ، وبه قال مالك إلا أنه قال تجوز في ماله لا في دينه^(٦) ، وهو أظهر القولين في مذهب الشافعي^(٧) ، وبه قال بعض الحنابلة^(٨) .

القول الرابع : أن الوصية إذا كانت بعد الجرح المفضي إلى الموت لم يمنعها القتل ،

(١) جاء في المذهب للشيرازي ٤٥٨/١ « اختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن أوصى لقاتله فقال في أحد القولين تجوز وفي الثاني لا تجوز » . وانظر الوجيز للغزالي ١٦٢/١ ، ونهاية المحتاج للرملي ٤٨/٦ .

(٢) جاء في الهداية للمرغيناني ٢٣٢/٤ « ولو أجازها (أي الوصية للقاتل) الورثة ... قال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز » . وانظر اللباب في شرح الكتاب للميداني ١٦٨/٤ .

(٣) جاء في المغني ٥٤٠/٦ « وقال أبو بكر لا تصح الوصية له فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره ، والتدبير وصية » . وانظر القواعد لابن رجب ص ٢٤٦ ، والإنصاف للمرداوي ٢٣٣/٧ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٣٣٩/٧ ، والهداية للمرغيناني ٢٣٢/٤ ، واللباب في شرح الكتاب ١٦٨/٤ ، والمبسوط ١٧٦/٢٧ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ٣١١/٢ .

(٥) جاء في الوجيز للغزالي ١٦٢/١ « وإن أجاز الورثة وصية الوارث والقاتل نفذت في أصح الوجهين » وانظر نهاية المحتاج للرملي ٤٨/٦ .

(٦) جاء في المدونة للإمام مالك ٢٩٦/٤ « قلت رأيت الوصية للقاتل هل تجوز إذا أوصى بها ثم قتله الموصي له عمدا أو خطأ ، قال : الوصية لقاتل الخطأ تجوز في ماله ولا تجوز في دينه » . وجاء في الكافي لابن عبد البر ١٠٢٨/٢ « ومن أوصى لرجل وصية ثم قتله الموصي خطأ لم تسقط الوصية » .

(٧) المذهب ٤٥٨/١ ، وشرح روض الطالب للأنصاري ٣٢/٣ ، ونهاية المحتاج للرملي ٤٨/٦ .

(٨) جاء في المغني ٥٤٠/٦ « اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل فقال ابن حامد : تجوز الوصية له واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلا فعفا المجروح فقال أحمد : يعتبر من ثلته . قال : وهذه وصية لقاتل ، وهذا قول مالك وأبي ثور ، وأظهر قول الشافعي » . وانظر المبدع لابن مفلح ٣٧/٦ .

وإذا كانت قبله بطلت ، وهو قول في مذهب الشافعية^(١) ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة^(٢) ، وبعض المالكية إلا أنهم استثنوا من القول ببطلان الوصية إذا كانت قبل الجرح حالة واحدة وهي ما إذا علم الموصي أن الموصى له هو الذي جرحه ولم يغير الوصية بعد علمه ، فكأنه أوصى له بعد الجرح فتصح^(٣) .

الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون ببطلان الوصية للقاتل خطأ بالثلث ما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : « ليس لقاتل شيء »^(٤) .

(١) جاء في الوجيز للغزالي ١٦٢/١ « القاتل في الوصية فيه ثلاثة أقوال ... الثالث (يفرق) بين الوصية للجرح ، والوصية قبل الجرح فإنه مستعجل للإرث » ا . هـ بتصرف .
وانظر المذهب ٤٥٨/١ ، ونهاية المحتاج للرملي ٤٨/٦ .

(٢) جاء في المغني لابن قدامة ١١١/٦ « قال أبو الخطاب إن أوصى له بعد جرحه صح ، وإن أوصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهو قول حسن » .
وانظر الفروع ٦٨١/٤ ، والمبدع ٣٧/٦ ، والإنصاف ٢٣٣/٧ .

(٣) جاء في الشرح الكبير للدردير ٤٢٦/٤ « وصح الإيصاء من مقتول إلى قاتل له علم الموصي بالسبب » أي علم بأنه هو الذي ضربه عمداً أو خطأً « ويفيد ما سبق أنه لو أوصى له بعد أن جرحه فيجوز عندهم من باب أولى .
(٤) هذا الحديث ورد ذكر الاستدلال به في كتب الحنفية انظر المبسوط ١٧٦/٢٧ ، وبدائع الصنائع ٣٣٩/٧ ، وقد أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٨٦٧/٢ ، عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب : أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه فزرى في جرحه فمات فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر : أعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقه ، وثلاثين جذعه ، وأربعين خلفه ثم قال : أين أخو المقتول ؟ قال هاأنذا قال : خذها فإن رسول الله ﷺ قال : « ليس لقاتل شيء » .

والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢١٩/٦ « عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ولفظه : أن رجلاً من بني مدلج يدعى قتادة كانت له أم ولد وكان له منها ابنان فتزوج عليها امرأة من العرب فقالت لا أرضى عنك حتى ترعى على أم ولدك ، فأمرها أن ترعى عليها فأبى ابنها ذلك فتناول قتادة أحد ابنيه بالسيف فمات فقدم سراقه ابن مالك بن جعشم .. الحديث » وفي آخره ثم قال أين أخو المقتول ؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ليس للقاتل شيء » .

وسند الحديث منقطع لأن عمرو بن شعيب لم يدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، انظر تهذيب التهذيب ٤٨/٨ .

وقد روى أبو داود في سننه حديثاً مطولاً في الديات ٦٩١/٤ رقم الحديث ٤٥٦٤ (تحقيق الدعاس) من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفي آخره قال رسول الله ﷺ : « ليس =

وجه الاستدلال :

أن قوله « شيء » نكرة في سياق النفي فتعم وتدخل الوصية والميراث جميعا في عموم هذا اللفظ ، فلا تصح وصية أو ميراث لقاتل^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الحديث فيقال إن المراد به أنه ليس له شيء من الميراث فالحديث خاص بالميراث وليس عاما وذلك لأمرين :

الأول : أن قصة الحديث تؤيد ذلك حيث إنها وردت في الحرمان من ميراث الدية^(٢) .

الثاني : ما رواه أبو داود بلفظ « ليس للقاتل شيء ، وإن لم يكن له وارث فوارثه أقرب الناس إليه »^(٣) فالمراد ليس للقاتل شيء من الميراث فالوصية غير داخله فيه .

الدليل الثاني : عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا وصية لقاتل » رواه الدارقطني والبيهقي^(٤) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن أن يوجه الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن الرسول ﷺ نفى أن يكون للقاتل وصية ، والنفي ليس المراد به نفي وقوع الوصية ، وإنما المراد به نفي الصحة والمعنى ، لا وصية صحيحة لقاتل .

= للقاتل شيء وإن لم يكن له وارث فوارثه أقرب الناس إليه ولا يرث القاتل شيئا ، وعمرو بن شعيب الراجح فيه أنه ثقة لكن إذا روى عن أبيه عن جده فيعتبر حديثه من رتبة الحسن ، تهذيب التهذيب ٤٨/٨ ، لكن هذا الحديث ظاهر فيه أن المراد ليس له شيء من الميراث ، فليس كرواية عمرو بن شعيب السابقة التي رواها مالك فإنها مطلقة وهي التي استدل بها الحنفية .

(١) انظر المبسوط للسرخسي ١٢٧/٢٧ ، وبدائع الصنائع ٣٣٩/٧ .

(٢) انظر هامش رقم ٢ ص ٣٤٣ .

(٣) سنن أبي داود ٦٩١/٤ رقم الحديث ٤٥٦٤ تحقيق الدعاس .

(٤) سنن الدارقطني ٢٣٧/٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٨١/٦ .

المناقشة :

ونوقش هذا الحديث بأنه ضعيف لا يمكن الاحتجاج به قال ابن حجر الهيتمي : خبر « ليس للقاتل وصية » ضعيف جدا ، بل باطل ، ولو صح ، حمل على وصيته لمن يقتله فإنها باطلة لأنها معصية^(١) .

الدليل الثالث : قياس الوصية على الميراث ، فكما أنه لا ميراث للقاتل ، فكذلك الوصية له ، وذلك لأن حرمان القاتل من الإرث القصد منه معاقبته ، كما أنه يغيظ الورثة أن يقاسمهم قاتل أبيهم ، وبطلان الوصية للقاتل لهذا المعنى^(٢) .

المناقشة :

ويمكن مناقشة ذلك فيقال : إن قياس الوصية على الميراث قياس مع الفارق ، وذلك لأن الوصية عقد في الحياة مضاف إلى ما بعد الموت ، لا بد لها من القبول إذا كان الموصي له معين بخلاف الإرث ، فإنه لا يكون إلا بعد الموت ولا يشترط له القبول ، كما أن منع القاتل من الميراث بسبب أنه استعجل موت مورثه فلذلك عومل بنقيض قصده ، لكن لو أوصى الإنسان لشخص ثم صدمه بسيارة - خطأ - وعلم الموصي ولم يغير في وصيته أو أوصى له بعد الجرح تخلف المعنى الموجود في الحرمان ، لأنه حينما علم ولم يغير دل

(١) فتح الجواد بشرح الإرشاد ١٦/٢ .

وسبب ضعف الحديث أنه روي من طريق مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب .

ومبشر بن عبيد المذكور في سند الحديث هو أبو حفص الحمصي لا يأخذ المحدثون بحديثه ، ويعدونه من الكذابين ، قال الدارقطني راوي الحديث : تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي ، وهو منسوب إلى وضع الحديث ، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته ، وقال البيهقي حدثنا حماد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قال سمعت أبي يقول : شيخ يقال له مبشر بن عبيد كان يكون بحمص أظنه كوفي ، روى عن بقية ، وأبي المغيرة أحاديث موضوعة كذبا . انظر سنن الدارقطني ٢٣٧/٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٨١/٦ .

وجاء في التاريخ الكبير للبخاري ١١/٨ « مبشر بن عبيد منكر الحديث » وجاء في تلخيص الخبير للحافظ ابن حجر ٩٢/٣ عن هذا الحديث أن « إسناده ضعيف جدا قاله ابن عبد الحق وابن الجوزي وأما قول إمام الحرمين : ليس هذا الحديث في الرتبة العالية من الصحة ، فعجيب فإنه ليس له في أصل الصحة مدخل فمداره على مبشر بن عبيد وقد اتهموه بوضع الحديث » .

(٢) انظر المبسوط للسرخسي ١٧٦/٢٧ ، والمهذب للشيرازي ٤٥٨/١ .

ذلك على رضاه ، فكأنه أوصى له وصية جديدة ، فلذلك قلنا بصحتها ، ومن باب أولى وصيته له بعد الجرح . أما كونه يغيظ الورثة أن يقاسمهم قاتل أبيهم فليس له أثر ، لأن رضا الورثة بالوصية التي أوصى بها مورثهم ليس شرطاً في صحة وصية الموصي إذا كانت بقدر الثلث ، لأن الثلث حق للموصي لا يمكن الاعتراض عليه فيه من قبل الورثة .

دليل القول الثاني :

استدل القائلون بأن الوصية للقاتل تصح موقوفة على إجازة الورثة ، بأن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : لا نسلم أن الامتناع لحق الورثة وإنما هو لأجل القتل ، والقاتل خطأ متهم في قتله للموصي ، فلذلك عوقب بالحرمان من الوصية ، لكن إن علم الموصي بذلك ولم يغير في وصيته ، أو أوصى له بعد الجرح فالوصية نافذة لانتفاء التهمة ، وأما إجازة الورثة بعد توجيه التهمة فلا اعتبار لها ، لأن في ذلك تشجيعاً لارتكاب المحظور .

أدلة القول الثالث : استدل القائلون بأن الوصية للقاتل صحيحة مطلقاً بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٢) فقد ذكر الله سبحانه مشروعية الوصية للوالدين والأقربين ولم يفرق ، والآية عامة في القاتل وغيره .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذه الآية فيقال : لا يصح الاستدلال بهذه الآية على ما ذكرتم لأمرين :

(١) الهداية للمرغيناني ٢٣٢/٤ .

(٢) سورة البقرة آية ١٨٠ .

الأول : أنها منسوخة بآية الفرائض - قوله تعالى - : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(١) وبقوله ﷺ : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث »^(٢) .

الثاني : إذا سلمنا بأنها لم تنسخ فإننا لا نسلم أنها على عمومها ، وذلك لأنه قد ثبت عن الرسول ﷺ أن القاتل لا يرث^(٣) ، وإذا كان القتل يطل ما هو آكد من الوصية ، فأولى أن يطل الوصية ، والمراد بالقتل المذكور هو القتل العمد ، وكذلك القتل الخطأ لوجود التهمة فيه إلا أن يوصي له المقتول بعد الجرح ، أو يعلم بذلك ولا يغير في وصيته لانتفاء التهمة .

الدليل الثاني : من المعقول : وهو أن الوصية بر وصلة تجوز للمسلم ولغيره بل إنها تجوز للحربي فجازت للقاتل من باب أولى^(٤) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال سلمنا أن الوصية بر وصلة ، لكن لا نسلم أنها تجوز للقاتل لأن القاتل خطأ بعد الوصية متهم بأنه استعجل الوصية ، فجزاؤه أن يعاقب بالحرمان ، إلا أن يوصى له بعد الجرح ، أو يعلم بذلك الموصي ولا يغير في وصيته لانتفاء التهمة .

الدليل الثالث : من المعقول أيضا : وهو أن الوصية تمليك تحتاج إلى قبول فأشبهت الهبة ، والهبة لا يبطلها القتل^(٥) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : إن قياس الوصية على الهبة قياس مع الفارق ،

(١) سورة النساء آية ١١ ، وانظر في القول بنسخ الآية تفسير الطبري ٣/٣٩١ - ٣٩٢ (تحقيق محمود وأحمد من أبناء محمد شاكر) وتفسير القرطبي ٢/٢٦٣ .

(٢) انظر في تخریج الحديث ص ٣٣١ من هذا البحث ، انظر الناسخ والمنسوخ لابن سلامة ص ١٦ ، والإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه لمكي القيسي ص ١١٩ .

(٣) انظر سنن أبي داود ٤/٦٩١ رقم الحديث ٤٥٦٤ (تحقيق الدعاس) .

(٤) انظر نهاية المحتاج للرملي ٦/٤٨ .

(٥) المهذب للشيرازي ١/٤٥٨ ، والمبدع لابن مفلح ٦/٣٧ .

فإن الهبة تمليك في حال حياة الواهب وقبل موته ، أما الوصية فإن القبول فيها بعد وفاة الموصي فافتراقا .

دليل القول الرابع :

استدل القائلون بأن الوصية بعد الجرح صحيحة بأنها صدرت من أهلها في محلها ، ولم يطرأ عليها ما يطلها ، بخلاف ما إذا تقدم عليها فإنه يطلها لأنه يطل ما هو آكد منها^(١) .

واستدل المالكية القائلون بأن الموصي إذا علم بمن جرحه ولم يغير في وصيته أنها صحيحة بأنه لم يوجد بعد الوصية ما يدل على أنه راجع عنها ، بل الظاهر أنه قصد الانتداب إلى ما ندب إليه ، وهو مقابلة السيئة بالإحسان امتثالا لقول الله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾^(٢) وأما إذا لم يعلم فإنها لا تنفذ لأن الغالب أنه لو علم بذلك لما أوصى له لأن الشأن في الإنسان أنه لا يقابل الإساءة بالإحسان ، فلا يمكن أن يقال إن الموصي قد قصد الإحسان لمن جرحه رغم إساءته إليه .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الرابع ، وأن الوصية إذا كانت بعد الجرح المفضي إلى الموت لم يمنعها القتل ، وإذا كانت قبله بطلت إلا أن يعلم الموصي أن الموصى له هو الذي جرحه ولم يغير الوصية ، وذلك لأن قتل الموصى له بعد الوصية يعد قرينة على أن الموصى له استعجل الوصية فطبقنا عليه القاعدة التي تقول : « من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه »^(٣) إلا إذا أوصى له بعد الجرح ، أو علم بذلك ولم يرجع ، لأن ذلك يعتبر دليلا على انتفاء التهمة .

(١) المغني لابن قدامة ١١١/٦ .

(٢) سورة الشورى آية ٤٠ .

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٩ .

المبحث الثالث عشر : تصرفات المريض غير العقدية

المراد بتصرفات المريض غير العقدية هنا التصرفات المالية المنجزة التي تكون بدون عوض كالعتق والعطية والوقف ونحو ذلك .

فإذا كانت هذه التصرفات بقدر الثلث لغير وارث ولا دين على المريض مرض الموت يستغرق ماله فهي جائزة .

وإن كانت بأكثر من الثلث وله ورثة فقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال :-

القول الأول : أن تصرفه بأكثر من الثلث موقوف على سماح الورثة وبه قال الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الشافعية ، وأصحاب هذا القول يعتبرون تصرفاته المالية المنجزة كالوصية ، ولما كانت الوصية بأكثر من الثلث موقوفة على سماح الورثة قالوا : إن تصرفات المريض المنجزة بدون عوض مثلها .

قال الزيلعي : « كل تصرف ابتداء المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو في حكم الوصية لأنه تبرع ، وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال ، وإن كان مريضا فهو من الثلث ، وكل مرض برأ منه فهو ملحق بحال الصحة لأن حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله إلا في مرض موته ، وبالبرء يتبين أنه ليس بمرض موت فلا حق لأحد في ماله .. وإذا أجاز الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لأن العتق في المرض وصية ، وهي تجوز بأزيد من الثلث بإجازة الورثة^(١) .

وقال الدردير : « ولزم العتق مكلفا غير محجور لا مريضا في زائد ثلثه فللوارث رده »^(٢) .

وجاء في جواهر العقود « وإذا ظننا أن المرض مخوف لم ينفذ التصرف فيما زاد على الثلث ، فإذا برأ تبين خلاف ما ظنناه ونفذ التبرع »^(٣) .

(١) تبين الحقائق للزيلعي ١٩٦/٦ بتصرف .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك ٥١٣/٤ ، وانظر . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٩/٤ .

(٣) ٤٤٤/١ .

وجاء في القواعد لابن رجب « كل تصرف في ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله ، كتصرف المريض بما زاد على ثلث ماله فإنه يقف على إمضاء الورثة »^(١) .

القول الثاني : أن تصرفه بالثلث صحيح ، وما زاد يكون باطلا ، وهذا القول مبني على أن الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، وأن إجازة الورثة لما زاد على الثلث تعتبر ابتداء عطية وليست تنفيذا لما أوصى به الميت ، وبه قال بعض المالكية وهو قياس قول بعض الشافعية والحنابلة القائلين بأن الوصية بما زاد على الثلث باطلة^(٢) .

جاء في الفواكه الدواني : « التبرع الواقع بلفظ الهبة والصدقة أو الحبس في حال المرض نافذ من الثلث ، لأنه خرج مخرج الوصية ، وهي لا تبطل بالموت وتكون من الثلث إن كانت لغير وارث ... لأن الوصية باطلة لغير وارث بأزيد من الثلث ، وإن أجاز الورثة الوصية الباطلة كانت ابتداء عطية » .

القول الثالث : أن تصرف المريض بأكثر من الثلث نافذ وبه قال طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ، إلا أن داود الظاهري استثنى العتق فقال إن حكمه حكم الوصية يكون من الثلث^(٣) .

قال ابن حزم : « فعل المريض مرضا يموت منه أو الموقوف للقتل . أو الحامل أو المسافر في أموالهم ، كل من ذكرنا فكل ما أنفذوا في أموالهم من هبة أو صدقة أو محابة في بيع أو هدية أو إقرار ، كان كل ذلك لو ارث أو لغير وارث أو عتق أو قضاء بعض غرمائه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن ، فكله نافذ من رؤوس أموالهم »^(٤) .

وجاء في بداية المجتهد « قال طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : إن هبته تخرج من

(١) ص ٨٩ .

(٢) جاء في المهذب للشيرازي ٤٥٠/١ : « وإذا أوصى بما زاد على الثلث فإن كان له وارث ، ففيه قولان أحدهما أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث » ، وجاء في الكافي لابن قدامة « إن أوصى من له وارث بزيادة على الثلث قال بعض أصحابنا : الوصية باطلة والإجازة هبة يفتقر إلى لفظها الكافي لابن قدامة ٤٧٥/٣ - ٤٧٦ » بتصرف .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ٤٩٩/١٠ . ففيه أن قول أبي سليمان : إن جميع أفعال المريض من رأس ماله إلا العتق فإنه من الثلث .

(٤) المحلى لابن حزم ٤٨٢/١٠ .

رأس ماله إذا مات»^(١) .

والقول الأول والثاني كما سبق - يعتبران تصرفات المريض المنجزة بدون عوض في مرض موته ملحقة بالوصية ، وخلافهم في كون الزيادة على الثلث موقوفة أو باطلة مبني على خلافهم في الوصية .

لذا فإننا لن نذكر أدلة القولين في كونه موقوفاً أو غير موقوف لأن ذلك مبحثه الوصية بأكثر من الثلث لغير وارث ، وإنما سندكر استدلالهم لإلحاقهم ذلك بالوصية .

الأدلة :

أدلة القول الأول والثاني :

استدل جمهور العلماء القائلين بأن تبرع المريض في مرض موته حكمه حكم الوصية

بما يلي :

الدليل الأول : عن عامر بن سعد بن مالك^(٢) عن أبيه قال : عادني النبي ﷺ عام حجة الوداع من مرض أشفيت منه على الموت^(٣) فقلت : يا رسول الله بلغ بي من الوجع ما ترى ، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : « لا » . قال : أفأتصدق بشطره . قال : « الثلث يا سعد والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس »^(٤) .

وجه الاستدلال :

أن الرسول ﷺ منع سعدا من التبرع في شدة المرض بأكثر من ثلث ماله . فدل

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٧/٢ .

(٢) عامر بن سعد بن مالك بن أبي وقاص الزهري المدني روى عن أبيه وعثمان والعباس بن عبد المطلب وأبي أيوب الأنصاري ، وأسامة بن زيد وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عمر وعائشة ، وعنه ابنه داود وسعيد بن المسيب وعطاء وغيرهم ، وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ١٠٣ هـ وقيل ١٠٤ هـ . الكاشف للذهبي ٥٤/٢ ، تهذيب التهذيب ٦٣/٥ ، ٦٤ .

(٣) أشفيت منه على الموت : أي قاربته وأشرفت عليه .. يقال أشفى عليه وأشاف . انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٤٨٩/٢ .

(٤) الحديث رواه البخاري انظر فتح الباري لابن حجر ٢٦٩/٧ رقم الحديث ٣٩٣٦ و ١٤/١٢ من فتح الباري رقم الحديث ٦٧٣٣ . ومسلم في صحيحه ١٢٠٠/٣ رقم الحديث ١٦٢٨ .

ذلك على أن تصرف المريض غير نافذ لحق الورثة لقوله ﷺ : « إنك إن تذر ورثتك أغنياء » فدل على أن المنع لحق الورثة وهذا هو حكم الوصية بأكثر من الثلث .

الناقشة :

اعترض ابن حزم على الاستدلال بهذا الحديث بما يلي :

الاعتراض الأول : أن الحديث محمول على الوصية فلا تلحق به التبرعات الأخرى بدليل ما ورد في الرواية الأخرى عن عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت مرضاً أشفيت منه على الموت فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله إن لي مالا كثيراً وترثني ابنة لي واحدة أفأتصدق بمالي كله ؟ قال : « لا » . قلت : أتصدق بالشرط ؟ أو قال أفأوصي بالشرط ؟ قال : « لا » . قلت : يا رسول الله فيم أوصي ؟ قال : « الثلث والثلث كثير ... » الحديث^(١) .

فظهر أن الذين رووا لفظ أفأتصدق إنما أرادوا به الوصية لأنه خبر واحد عن رجل واحد في مقام واحد في حكم واحد^(٢) .

الرد على هذا الاعتراض :

ويمكن أن يرد على ابن حزم بأن يقال : لا نسلم أن الحديث محمول على الوصية لأن الصدقة أعم من الوصية . إذ كل وصية صدقة ولا عكس ، لذا لا يمكن أن تحصر أفعال سعد بأنها وصية لأن المريض يريد أن يتصدق والأحاديث التي رواها البخاري ومسلم وأحمد^(٣) بلفظ أفأتصدق صريحة بأن المراد هو الصدقة .

الاعتراض الثاني :

إن القائلين بأن حكم تصرف المريض في مرض موته حكمه حكم الوصية إنما يمنعون من الصدقة فيما زاد على الثلث في المرض الذي يموت منه صاحبه . وهنا قد صح أن

(١) الحديث بهذا اللفظ من رواية أبي داود الطيالسي . انظر منحة المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبي داود ٢٨٢/١ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ٢١٣/٩ ، ٤٩٦/١٠ .

(٣) مسند أحمد ١٧٩/١ وانظر ص ٣٥١ من هذا البحث .

الرسول ﷺ علم أن سعدا سيرا من ذلك المرض ، فأصبح تصرف سعد ليس داخلا في تصرف المريض . فقد صح أن النبي ﷺ قد أنذر به في ذلك المرض إذ قال له : لعلك مستخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون^(١) . وهذا خلاف قولهم^(٢) .

الرد على الاعتراض :

ويمكن أن يرد على هذا الاعتراض بأن يقال : إن تصرف سعد وقع في حال المرض الشديد بدليل قوله : « أشفيت منه على الموت ، والرسول ﷺ وإن علم أن سعدا رضي الله عنه سيرا إلا أنه هو المشرع لهذه الأمة فأراد عليه الصلاة والسلام أن يبين حكما لتصرف المريض مرض الموت لا يخص سعدا وحده وإنما يشمل جميع المسلمين .

الدليل الثاني :

عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا به رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا . رواه مسلم^(٣) .

وجه الاستدلال :

أن النبي ﷺ منع هذا الرجل من أن يعتق جميع المملوكين عند موته ، وإنما أعتق اثنين لخروجهما من الثلث ، فدل على أن عتق المريض حكمه حكم الوصية وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره من باب أولى ..^(٤) .

المناقشة :

اعترض ابن حزم على الاستدلال بهذا الحديث بما يلي :

الاعتراض الأول : أن هذا الحديث ليس فيه إلا العتق ، فأقحامهم مع العتق جميع أفعال المريض خطأ وتعد لحدود الله^(٥) .

(١) انظر فتح الباري لابن حجر ٢٦٩/٧ رقم الحديث ٣٩٣٦ وصحيح مسلم ١٢٥٠/٣ رقم الحديث ١٦٢٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ٤٩٨/١٠ .

(٣) انظر صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ رقم الحديث ١٦٦٨ .

(٤) انظر كشف القناع للبهوتي ٣٢٢/٤ .

(٥) المحلى لابن حزم ٢١٤/٩ .

الرد على هذا الاعتراض :

ويمكن أن يرد على هذا الاعتراض فيقال : إن العتق له قوة وسراية فإذا لم ينفذ العتق وهو بهذا الوصف فغيره من باب أولى .

الاعتراض الثاني : ليس في الحديث دليل على أن العتق من هذا الرجل وقع في مرض موته وإنما فيه (عند موته) ، فكان الواجب عليهم أن يجعلوا هذا الحكم فيمن أعتق عند موته صحيحا كان أو مريضا فمات إثر ذلك ، ومادام أن الحديث ليس فيه ذكر للمرض فلا يحل أن يقحم في الخبر ما ليس منه من ذكر المرض^(١) .

الرد على هذا الاعتراض :

ويمكن أن يرد على هذا الاعتراض فيقال : لا نسلم أن الحديث ليس فيه ذكر المرض لأمرين :

أولا : أن التعبير بكلمة (عند الموت) يغلب إطلاقها على المريض مرض الموت ، أو من أيقن بالوفاة كالمبارز والمحكوم عليه بالإعدام من الأصحاء .

ثانيا : أنه ورد أنه أعتق هؤلاء العبيد في مرض موته ، فقد روى سعيد بن منصور^(٢) عن سعيد بن المسيب^(٣) أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه فأقرع رسول الله ﷺ بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة^(٤) ، وعليه فإن إعتاقهم في مرض الموت لا في وقت الصحة .

الاعتراض الثالث : أن الرسول ﷺ لم يقر هذا الرجل على عتق هؤلاء الستة ؛ لأنه لا مال له غيرهم ، وهذا عندنا مردود الفعل ، صحيحا كان أو مريضا ولا يجوز لأحد

(١) انظر المحلى لابن حزم ٢١٥/٩ ، ٥٠٠/١٠ .

(٢) هو سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الحافظ أحد الأعلام صاحب كتاب « السنن » توفي بمكة سنة ٢٢٧ هـ .
تذكرة الحفاظ ٤١٦/٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٧٩ .

(٣) هو سعيد بن المسيب بن حزن الخزومي ، أبو محمد المدني ، ولد لستين مضتا وقيل لأربع من خلافة عمر ، من أحفظ الناس للأحكام والأقضية توفي سنة ٩٤ وقيل ٩٣ هـ . الكاشف للذهبي ٣٧٢/١ ، تهذيب التهذيب ٨٤/٤ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٧ ، ١٨ .

(٤) كتاب السنن لسعيد بن منصور ١٠٤/٣ .

في ماله عتق تطوع ولا صدقة تطوع ولا هبة بيت بها إلا فيما أبقي عن غنى ، كما قال عليه السلام : « الصدقة عن ظهر غنى »^(١) .

الرد على هذا الاعتراض :

يمكن أن يرد على هذا الاعتراض فيقال : نسلم أن النبي ﷺ رد إعتاق ستة العبيد لأنه لا مال له غيرهم ، لكن النبي ﷺ أنفذ عتق اثنين لكونهما ثلث المال ، وهذا حكم منه ﷺ بالمرضى مرض الموت ومن ألحق به من الأصحاء كالوصية ، وأنتم ترون أن الرجل إذا لم يكن له مال يرد جميع ما تصرف به والحديث بخلافه .

الاعتراض الرابع : أن الحديث محمول على الوصية بدليل أن الحديث ورد بلفظ أن رجلاً أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين ..^(٢) الحديث .

فصح أن ذلك العقد إنما كان وصية ولا خلاف في أنها من الصحيح والمرضى سواء لا تجوز إلا من الثلث ، فإن كانت الروايتان حديثاً واحداً وهو الأظهر الذي لا يكاد يمكن ولا يجوز غيره ، فقد ارتفع الكلام وبطل تعلقهم به ، وإن كانا خبرين ، وهذا ممكن بعيد ، فكلاهما لنا ، وموافق لقولنا ومخالف لقولهم^(٣) .

الرد على هذا الاعتراض :

يمكن أن يرد على ابن حزم فيقال : إن الحديث صريح بأنه أعتقهم عند موته ، وهذا يدل على أنه أنفذ عتقهم في حياته ، وأن ذلك قد تم بالفعل ، ولو كان وصية لما تم ذلك إلا بعد الموت لأن الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت ، وأما ما ورد في إحدى الروايات أن رجلاً أوصى عند موته فيحمل على أنه أوصى أولاً ، ثم نفذ عتقهم في حياته ، وبذلك تتفق الروايات في الحديث .

الدليل الثالث : من القياس وذلك بأن تقاس تصرفات المريض مرض الموت في حال

(١) رواه أبو داود في سننه ٣١٢/٢ رقم الحديث ١٦٧٣ ، ١٦٧٦ (تحقيق الدعاس) وقد أورد هذا الاعتراض ابن حزم في المحلى ٢١٥/٩ .

(٢) انظر صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ رقم الحديث ١٦٦٨ كتاب الأيمان رقم ٥٧ ، تحقيق عبد الباقي طبعة جديدة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م نشر وتوزيع دار الإفتاء .

(٣) المحلى لابن حزم ٢١٥/٩ ، ٥٠٠/١٠ .

حياته على الوصية ، فكما أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث إلا بإذن الورثة ، فكذلك تبرعاته بجامع أن كلا من هذه التصرفات تصرف بلا عوض ، قال الإمام الشافعي : « ما أتلف المرء من ماله في مرضه ذلك حكمه حكم الوصايا ، فإن صح تم عليه ما يتم به عطية الصحيح ، وإن مات من مرضه ذلك كان حكمه حكم وصيته »^(١) .

فالشافعي رحمه الله في هذا النص قاس العطايا في مرض الموت على الوصية بجامع أن كلا منهما تصرف بلا عوض .

الاعتراض على هذا الدليل : قال ابن حزم في اعتراضه على هذا الدليل القياس كله باطل ، ثم لو كان حقا لكان هذا منه عين الباطل ؛ لأن الوصية إنما تنفذ بعد الموت ، وهي من المريض والصحيح سواء بلا خلاف ، لا تجوز إلا في الثلث فما دونه ، فإذا قيس فعل المريض عليها وجب أن يكون في الحياة فعل المريض كفعل الصحيح سواء بسواء^(٢) .

الرد على هذا الاعتراض : قول ابن حزم إن القياس كله باطل غير مسلم بل الصحيح خلافه ، والأئمة الأربعة يقولون بحجية القياس وهو رأي جمهور العلماء ، وما ذهب إليه ابن حزم من إنكار حجية القياس مردود ، وذلك مبسوط في كتب أصول الفقه فلا داعي لذكره هنا^(٣) .

وأما قوله : لو كان القياس حقا لما صح القياس على الوصية لأنها إنما تنفذ بعد الموت ، يرد عليه بأن القياس يصح إذا وجد الجامع ، وقد كان ذلك ، ألا وهو تعلق حق الورثة بمال المورث ، لأن تصرفات المريض مرض الموت تبرع ، والوصية تبرع ولهذا صح القياس .

(١) الأم للشافعي ٣٠/٤ .

(٢) المحلى لابن حزم ٢٢٢/٩ .

(٣) انظر بداية المجتهد لابن رشد ٢/١ ، ٣ . والأحكام للآمدي ١٢٠/٣ ، ١٢١ ، والمحصول للرازي ج ٢ ق ٢ ص ٧٥ والفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي ٢٠٠/١ . وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٠٢ ، وأعلام الموقعين لابن القيم ٢٠٢/١ ، والملل والنحل للشهرستاني ٣٤٨/١ ، الطبعة الأولى ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٨ م ، بتصحيح وتعليق الأستاذ أحمد فهمي محمد ، وانظر أقضية النبي ﷺ للناصح الحنبلي ص ١٩١ ، ١٩٢ .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن تصرف المريض بأكثر من الثلث نافذ بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾^(١) وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾^(٢) .

قال ابن حزم في توجيه الاستدلال : لم يخص عز وجل صحيحاً من مريض ولا حاملاً من حائل ولا آمناً من خائف ولا مقيماً من مسافر « وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا »^(٣) .

ولو أراد الله تعالى تخصيص شيء من ذلك لبينه على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام ، فإذا لم يفعل فنحن نشهد بشهادة الله عز وجل الصادقة أنه تعالى ما أراد تخصيص أحد مما ذكرنا^(٤) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش استدلال ابن حزم بأن هذه الآيات عامة في دلالتها وأدلة الجمهور في إلحاق تصرفات المريض مرض الموت بالوصية خاصة فيقيد العام بالخاص .

الدليل الثاني : استصحاب حال الإجماع جاء في بداية المجتهد « وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الإجماع ، وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة »^(٥) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : إن استصحاب حال الإجماع لا يعول عليه إلا عند عدم وجود دليل ، وفي هذه المسألة ورد الدليل ألا وهو حديث سعد بن أبي وقاص وحديث عمران بن حصين المتقدمان . وإذن فلا يعمل باستصحاب حال الإجماع وإنما يعمل بهما .

(١) سورة الحج آية ٧٧ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

(٣) سورة مريم آية ٦٤ .

(٤) المحلى لابن حزم ٤٨٢/١٠ .

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٧/٢ .

الترجيح :

والذي أرجحه هو قول الجماهير من العلماء القائلين بأن تصرفات المريض مرض الموت غير العقدية المنجزة بدون عوض حكمها حكم الوصية ، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة ، ولأن في ذلك مراعاة لحق الورثة وحفظاً له من الضياع ، فربما إذا مرض أحد مرض الموت وأراد أن يضر الورثة تبرّع بماله ، فأدى ذلك إلى حرمان الورثة . فالقول بأن حكمها حكم الوصية بأكثر من الثلث يجعل تصرف المريض مقيداً بالثلث ويكون الحق للورثة في الاعتراض على ما زاد على الثلث فلهم الموافقة أو الرد .

الفصل الثالث

في نظام الأسرة

المبحث الأول : في ولاية المرأة المكلفة على نفسها

مرادنا بولاية المرأة المكلفة على نفسها في هذا المبحث هو بيان حكم تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها بعبارتها ، أو غيرها بطريق النيابة أو توكيلها من يزوجه مع وجود وليها^(١) ، وقد اختلف العلماء في حكم ذلك وسنفضل آراء العلماء في ذلك في كل مذهب على حدة .

أ - المذهب الحنفي : في مذهب الحنفية خلاف ، فالمشهور عن الإمام أبي حنيفة أنه يصح عقد المرأة الزواج لنفسها سواء كان الزوج كفئاً أم غير كفء إلا أنه إذا لم يكن كفئاً فلأولياء حق الاعتراض ، وهذا القول رواية عن أبي يوسف ومحمد ، وفي رواية أخرى أن أبا حنيفة وأبا يوسف يفرقان بين الكفء فيصححان العقد إذا كان الزوج كفئاً ويبطالانه إذا كان غير كفء ، جاء في المبسوط « المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح ، وبهذا أخذ أبو حنيفة - رحمه الله - سواء كانت بكراً أو ثيباً إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفئاً لها أم غير كفء ، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفئاً فلأولياء حق الاعتراض ، وفي رواية الحسن^(٢) - رضي الله عنه - إن كان الزوج كفئاً لها جاز النكاح وإن لم يكن

(١) إذا عقد ولي المرأة البالغة العاقلة نكاحها برضاها وبإذنها فذلك العقد صحيح بلا خلاف بين الفقهاء . انظر المغني لابن قدامة ٤٥٠/٦ ، والمبسوط للسرخسي ١٠/٥ ، والمهذب للشيرازي ٣٦/٢ ، ومواهب الجليل للحطاب ٤١٩/٤ .

(٢) الحسن : هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة قال يحيى بن آدم : ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد ، ولي القضاء بالكوفة بعد خفص بن غياث سنة ١٩٤ هـ ، ثم استعفى وكان عالماً بروايات أبي حنيفة . توفي سنة ٢٠٤ هـ . الجواهر المضية ١٩٣/١ - ١٩٤ ، الفوائد البهية للكنوي ص ٦٠ .

كفئاً لها لا يجوز»^(١) . .

وفي رواية ثالثة عن أبي يوسف أن العقد غير صحيح ، جاء في فتح القدير « وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا بولي . وهو قوله الأخير »^(٢) .

وفي رواية أخرى عن محمد أن عقدها ينعقد موقوفاً على إجازة الولي جاء في تبين الحقائق « وعند محمد ينعقد موقوفاً على إجازة الولي سواء كان الزوج كفئاً لها أو لم يكن »^(٣) .

وإذا امتنع الولي عن الإجازة رفع الأمر إلى القاضي ، وإذا رفع الأمر إلى القاضي فهل يحدد العقد أم يجيزه ؟ . روايتان عن محمد بن الحسن ، الأولى : يحدده بينهما ، وهي رواية الطحاوي^(٤) عن محمد ، ويفهم من هذا أن العقد بامتناع الولي عن الإجازة قد بطل ، وأن القاضي عليه أن يحدد العقد بينهما ثم يجيزه ، والثانية يجيز القاضي العقد وهي

(١) ١٠/٥ ، وجاء في الهداية ١٩٦/١ « ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي ، بكرا كانت أو ثيباً ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - في ظاهر الرواية » . وجاء في مختصر الطحاوي ص ١٧١ « إذا تزوجت المرأة البالغة الصحيحة العقل بغير أمر وليها فإن أبا حنيفة كان يقول في ذلك : ينظر إلى الذي تزوجته فإن كان كفئاً لها كان النكاح جائزاً ، ولم يكن لوليها فسخه عليها ، وإن كان غير كفء لها كان لوليها فسخه عليهما ، فهما زوجان ما لم يفسخ نكاحهما » . وانظر فتح القدير لابن الهمام ٣٩١/٢ ، والجوهرة النيرة لابن الحداد اليمني ٦٦/٢ ، والفتاوى البرازية ١١٩/١ (مطبوع بهامش الهندية) وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٠٨/٢ ، وواقعات المفتين ص ١٦ ، واللباب في شرح الكتاب للميداني ٨/٣ . ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣٣٢/١ ، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٠/٣ .

(٢) ٣٩١/٢ وجاء في تبين الحقائق للزيلعي ١١٧/٢ « وكان أبو يوسف أولاً يقول : إنه لا ينعقد إلا بولي ثم رجع وقال : إن كان الزوج كفئاً لها جاز وإلا فلا ، ثم رجع وقال : جاز سواء كان الزوج كفئاً لها أو لم يكن » . والرواية الرابعة عن أبي يوسف : إن زوجت نفسها من كفء لا يتوقف وإن كان من غير كفء يتوقف على إجازة الولي / انظر الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٠/٣ ومختصر الطحاوي ص ١٧١ .

(٣) ١١٧/٢ وانظر مختصر الطحاوي ص ١٧١ - ١٧٢ ، والمبسوط للسرخسي ١٠/٥ - ١١ ، والاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٠/٣ ، والهداية للمرغيناني ١٩٦/١ ، والفتاوى البرازية ١١٩/١ .

(٤) الطحاوي : أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي ، أبو جعفر . إليه انتهت رئاسة الحنفية بمصر ، ولد سنة ٢٣٩ هـ ونشأ في طحا من صعيد مصر ، كان شافعي المذهب يقرأ على المزني ثم انتقل إلى أبي جعفر بن أبي عمران الحنفي ليأخذ العلم عنه ثم ارتحل إلى الشام سنة ٢٦٨ هـ فاتصل بأحمد بن طولون ، له تصانيف كثيرة منها شرح معاني الآثار في الحديث ، ومشكل الآثار ، وكتاب الشفعة ، وأحكام القرآن ، والمختصر وغيرها ، توفي سنة ٣٢١ هـ . وفيات الأعيان ٣٥/١ ، الجواهر المضية ١٠٢/١ ، الأعلام للزركلي ١٩٧/١ .

رواية هشام^(١) عن محمد ، ويفهم من هذه الرواية أن عقدها يظل منعقدا إلى أن يجيزه القاضي ولا يبطل بامتناع الولي^(٢) .

ب - المذهب المالكي : المشهور من مذهب المالكية أن المرأة البالغة العاقلة الحرة - سواء كانت بكرًا أو ثيبًا - لا يجوز لها أن تتولى عقد النكاح لنفسها أصالة ولا لغيرها وكالة ، ولا يجوز توكيلها لغير وليها فيه ، فإذا عقدت من غير ولي فالنكاح باطل ، فالولي عندهم شرط في النكاح وعبارتها غير معتبرة . جاء في حاشية العدوي^(٣) على كفاية الطالب الرباني « ولا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها مطلقا بكرا كانت أو ثيبا ، شريفة كانت أو دنيئة ، رشيدة أو سفية ، أمة أو حرة ، أذن لها وليها أم لا ، لا يجوز ذلك بوجه »^(٤) .

ويرى بعض علماء المالكية التفريق بين الدنيئة وغير الدنيئة ، وأن غير الدنيئة لا يصح نكاحها إلا بولي ، وأما الدنيئة فلها أن تولى أجنبيا مع وجود الولي الخاص ، وهذا القول رواية عن الإمام مالك ، جاء في كفاية الطالب الرباني « وقد اختلف في الدنيئة وهي التي لا يرغب فيها لكونها ليست ذات جمال ولا مال ولا حال ولا قدر كالسوداء

(١) هو هشام بن عبيد الله الرازي تفقه على أبي يوسف ومحمد ، قال الصيمري : « غير أنه كان لنا في الرواية . سمعت الشيخ أبا بكر بن محمد بن موسى يذكر عن أبي بكر الرازي أنه كان يكره أن يقرأ عليه الأصل من رواية هشام لما فيه من الاضطراب » يروى عنه أنه قال : لقيت ألفا وسبعمئة شيخ ، وأنفقت في العلم سبعمائة ألف درهم . قال أبو حاتم : صدوق ما رأيت أعظم قدرا منه بالري / ميزان الاعتدال للذهبي ٣٠٠/٤ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٤٧/١١ ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٢٠٤/٢ ، الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ص ٢٢٣ .
(٢) انظر مختصر الطحاوي ص ١٧١ - ١٧٢ ، والاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٠/٣ ، المبسوط للسرخسي ١١٠/٥ - ١١١ .

(٣) ٣٥/٢ ، وجاء في المدونة ١٥٢/٢ « أرأيت لو أن امرأة زوجت نفسها ولم تستخلف عليها من يزوجه فزوجت نفسها بغير أمر الأولياء ؟ قال مالك : لا يقر هذا النكاح أبدا على حال وإن تطاول وولدت منه أولادا لأنها هي التي عقدت عقدة النكاح فلا يجوز ذلك على حال » . وجاء في الكافي لابن عبد البر ٥٢٧/٢ « ولا تلي امرأة عقد النكاح لنفسها ولا لغيرها شريفة كانت أو دنيئة أذن لها في ذلك وليها أو لم يأذن فإن عقدت نكاحها فسخ أبدا قبل الدخول أو بعده » . وانظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ٤١٩/٤ ، وشرح الخرشبي على خليل ١٧٢/٤ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٣٦٩/٢ ، وبداية المجتهد لابن رشد ٨/٢ ، والمنتقى للباجي ٢٦٧/٣ ، والبهجة في شرح التحفة للتسولي ٢٥٤/١ ، وجواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل ٢٧٧/١ ، سراج السالك للجعللي ٣٧/٢ .

(٤) هو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي فقيه مالكي مصري توفي سنة ١١٨٩ هـ ، سلك الدرر ٢٠٦/٣ ، الأعلام ٢٦٠/٤ .

الفقيرة^(١) ، والتي تسأل الناس عن الديار^(٢) ونحوها هل لها أن تولي أجنبيا وهو من له ولاية الإسلام فقط مع وجود الولي الخاص ، فقال ابن القاسم : يجوز لها أن توليه ابتداء وصرح بمشهوريته ، وقال أشهب : لا يجوز ذلك إلا لعدم الأقرب^(٣) .

ج - المذهب الشافعي : يرى الشافعية أنه لا يصح عقد المرأة لنفسها أو توكيلها لغيرها وإذا عقدت فيعتبر عقدها باطلا . جاء في منهاج الطالبين « لا تزوج امرأة نفسها ولا غيرها بوكالة ولا تقبل نكاحا لأحد »^(٤) .

د - المذهب الحنبلي : يرى الحنابلة في الرواية المشهورة عندهم أن عقد المرأة الزواج لنفسها أو غيرها يعتبر باطلا ، وهذه الرواية هي المذهب ، والرواية الثانية أن الولي ليس بشرط فلها أن تزوج نفسها ، والرواية الثالثة أن لها أن تأمر رجلا فيزوجها ، والرواية الرابعة أن لها تزويج أمتها ومعتقتها جاء في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف « الشرط الثالث : الولي ، فلا نكاح إلا بولي فلوزوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ، وهو المذهب وعليه الأصحاب ، وعنه يجوز لها تزويج نفسها . ذكرها جماعة من الأصحاب ، وعنه أن

(١) ليس المراد كل سوداء بل المراد أن تكون من قوم من القبط يقدمون من مصر إلى المدينة وهم سود كما قال مالك / انظر حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٣٦/٢ ، وحاشية العدوي على الخرشني ١٨٢/٣ .

(٢) أي على الديار . انظر حاشية العدوي على الكفاية ٣٦/٢ ، والمراد أنها قد اتخذت التسول مهنة لها .

(٣) ٨٨/٢ ، وجاء في فتح الباري ١٨٧/٩ « وعن مالك رواية أنها إن كانت غير شريفة زوجت نفسها » . وجاء في نيل الأوطار ٢٥١/٦ « وعن مالك يعتبر الولي في الرفيعة دون الوضيعة » . وجاء في سبل السلام للصنعاني ١١٧/٣ « وقال مالك يشترط في حق الشريفة لا الوضيعة فلها أن تزوج نفسها ، وقد ذكر ذلك السرخسي في المبسوط ١٠/٥ ولم ينسبه لأحد وكأنه يشير إلى هذه الرواية عند المالكية فقال : « ومن العلماء - رحمهم الله تعالى - من يقول : إن كانت غنية شريفة لم يجوز تزويجها نفسها بغير رضا الولي ، وإن كانت فقيرة خسيصة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي » أ . ه . وانظر المحلى لابن حزم ٣٠/١١ .

(٤) ١٤٧/٣ (مطبوع مع مغني المحتاج) وجاء في المهذب للشيرازي ٣٦/٢ « لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة لا يصح » ، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٥ ، وفتح الجواد شرح الإرشاد للهيتمي ٧٥/٢ - ٧٦ ، وشرح روض الطالب لذكريا الأنصاري ١٢٧/٣ ، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب لذكريا الأنصاري ٣٥/٢ ، ونهاية المحتاج للرمل ٢٠٥/٦ ، ٢١٩ ، ومغني المحتاج للشربيني ١٤٧/٣ ، والوجيز للغزالي ٣/٢ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج ١٤٤/٤ ، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحسيني الحصري ٤٨/٢ ، وشرح غاية البيان لأحمد رسلان ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

لها أن تأمر رجلا يزوجه ، وعنه لها تزويج أمتها ومعتقتها ^(١) .

وقد خرج موفق الدين بن قدامة من الرواية الرابعة صحة تزويج المرأة لنفسها بعد إذن الولي لها في ذلك ، جاء في المغني « وعن أحمد لها تزويج أمتها ، وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة ^(٢) » .

هـ - المذهب الظاهري : ذهب داود إمام الظاهرية إلى التفريق بين البكر والثيب وأن البكر إذا زوجت نفسها بدون ولي بطل بخلاف الثيب فإنه يصح . جاء في بداية المجتهد « وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ^(٣) » .

وأما الإمام ابن حزم فيرى أن المرأة إذا عقدت لنفسها أو لغيرها فالنكاح باطل ، فالولي شرط في صحة النكاح عنده . جاء في المحلى « لا يحل لامرأة نكاح - ثيبا كانت أو بكرا - إلا بإذن وليها » . وفي موضع آخر « ولا تكون المرأة وليا في النكاح ... إن المرأة لا تكون وليا في إنكاح أحد أصلا ^(٤) » .

و - رأي ابن سيرين والقاسم بن محمد ^(٥) ، والحسن بن صالح ^(٦) ، وأبي ثور : يرى

(١) ٦٦/٨ ، وجاء في المغني لابن قدامة ٤٤٩/٦ « النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غيرها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح » . وانظر المبدع لابن مفلح ٢٧/٧ - ٢٨ ، ومنتهى الإرادات لابن النجار ١٠٦/٢ ، والمحزر لابن تيمية ١٦/٢ ، ومغني ذوي الأفهام لابن عبد الهادي ص ١٦٩ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٦/٣ ، وكشاف القناع للبهوتي ٤٨/٥ ، ونيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر الشيباني ٥٧/٢ ، ومطالب أولي النهى للرحياني السيوطي ٥٨/٧ ، ومنار السبيل لابن ضويان ١٥٠/٢ .

(٢) ٤٥٠/٦ ، وانظر المقنع لابن قدامة ١٨/٣ .

(٣) ٨/٢ ، وجاء في المبسوط للسرخسي ١٠/٥ « ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الظواهر » . وجاء في المحلى لابن حزم ٣٠/١١ « قال أبو سليمان : أما البكر فلا يزوجه إلا وليها ، وأما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين ويزوجهها وليس للولي في ذلك اعتراض » . وانظر كتاب : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن المرتضي ٢٤/٤ .

(٤) ٢٣/١١ ، ٥٤ .

(٥) القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق التيمي ثقة ، أحد الفقهاء بالمدينة ، قال أيوب : ما رأيت أفضل منه ، توفي سنة ١٠٦ على الصحيح . تقريب التهذيب ١٢٠/٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٣٨ .

(٦) الحسن بن صالح : هو أبو عبد الله الحسن بن صالح بن حي الهمداني الثوري الكوفي الفقيه ، من زعماء الفرقة =

ابن سيرين ، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح أنه لا يجوز للمرأة أن تعقد لنفسها ولا لغيرها بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفا على إجازته . جاء في المغني « وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح .. لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفا على إجازته »^(١) .

ويرى أبو ثور صحة عقد المرأة الزواج لنفسها بشرط أن يأذن لها الولي في ذلك . جاء في المهذب « وقال أبو ثور : إن عقدت المرأة بإذن الولي صح »^(٢) .

فتلخص مما سبق أن للعلماء في عقد المرأة الحرة البالغة العاقلة الزواج لنفسها أو لغيرها بالوكالة ، أو توكيلها لغير وليها سبعة أقوال :

القول الأول : أن المرأة ليس لها أن تتولى عقد النكاح لنفسها أصالة ، ولا لغيرها وكالة ، ولا يجوز توكيل غير وليها فيه ، وإذا عقدت من غير ولي فالنكاح باطل . وبهذا قال جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في رواية عنه وابن حزم من الظاهرية .

القول الثاني : أنه يصح عقد المرأة الزواج لنفسها سواء كان الزوج كفو أم غير كفو وهذا القول رواية عن أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف ، وعن محمد ، ورواية في مذهب الحنابلة إلا أن في ظاهر الرواية عند الحنفية أن الزوج إذا لم يكن كفو فلا أولياء حق الاعتراض .

القول الثالث : أنه يصح عقد المرأة الزواج لنفسها إذا كان الزوج كفو ، ويطل إذا

= « البترية » من الزيدية ، ولد سنة ١٠٠ هـ ، وكان فقيها مجتهدا متكلم ، وكان يترك الجمعة ، ويرى الخروج على أئمة الفجور ، وقد وثقه بعض المحدثين ، توفي سنة ١٦٩ هـ . ميزان الاعتدال ١/٤٩٦ - ٤٩٩ ، رقم الترجمة ١٨٦٩ ، تهذيب التهذيب ٢/٢٨٥ ، ٢٨٩ ، تذكرة الحفاظ ١/٢١٦ .

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٩ .

(٢) ٣٥/٢ (الطبعة الثانية) وجاء في سبل السلام للصنعاني ٣/١١٧ « وقال أبو ثور : للمرأة أن تنكح نفسها بإذن وليها » . وانظر مصنف عبد الرزاق ٦/٢٠٠ .

والفرق بين رأي أبي ثور والتخريج السابق لموفق الدين بن قدامة عن الحنابلة ، وبين رأي ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح أن الحنابلة وأبا ثور يشترطون تقدم إذن الولي لها لعقد النكاح فلو لم يوجد الإذن وعقدت النكاح وقع باطلا ، بخلاف رأي ابن سيرين ومن وافقه فإنهم لا يشترطون تقدم الإذن ويرون أن العقد إذا وقع منها يكون موقوفا على إجازة الولي » .

كان الزوج غير كفاء ، وهو رواية عن أبي حنيفة ورواية عن أبي يوسف .

القول الرابع : التفريق بين البكر والثيب وأن البكر إذا زوجت نفسها بطل ، وأما

الثيب فيصح تزويجها لنفسها أو توكيلها من يزوجه ، وبه قال داود الظاهري .

القول الخامس : التفريق بين الدنيئة وغير الدنيئة ، وأن غير الدنيئة لا يصح نكاحها

إلا بولي ، وأما الدنيئة فلها أن تزوج نفسها أو أن تولى من يزوجه مع وجود الولي

الخاص ، وهو رواية عند المالكية .

القول السادس : أنه يجوز عقد المرأة الزواج لنفسها بشرط أن يسبق ذلك إذن الولي

لها ، فإن عقدت من دون إذنه بطل ، وهذا القول رأي في مذهب الحنابلة وبه قال أبو

ثور .

القول السابع : أن المرأة إذا عقدت الزواج لنفسها يكون موقوفا على إجازة الولي

وبه قال ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح ، وهو رواية عن أبي يوسف

ورواية عن محمد بن الحسن من الحنفية . وسنين فيما يلي أدلة كل قول :

أدلة القول الأول : استدل جمهور العلماء القائلين بأن المرأة لا يجوز لها أن تتولى

عقد النكاح لنفسها أصالة ولا لغيرها وكالة ، ولا يجوز توكيل غير وليها فيه ، وإذا عقدت

من غير ولي فالنكاح باطل بما يأتي :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ

يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ۚ ۞ (١)

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

إن الله سبحانه وتعالى خاطب الأولياء محذرا لهم من عضل النساء والعضل هو منعها

من الزواج ، فلو لم يكن الأولياء يملكون وحدهم أمر زواج النساء لما كان هناك معنى

لنهي الأولياء عن شيء لا يملكون إتيانه (٢) .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٢ ، وقد استدل بهذه الآية الشافعي في الأم ١٤٩/٥ ، وابن قدامة في المغني ٤٤٩/٦ ،

والنفرأوي في الفواكه الدواني ٣/٢ ، والقرطبي في تفسيره ٧٣/٣ ، والرحياني في مطالب أولي النهى ٧٣/٣ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

الاعتراض الأول على الاستدلال بهذه الآية :

وقد اعترض على الاستدلال بهذه الآية بأن الخطاب في الآية للأزواج لا للأولياء^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض فيقال : لا نسلم بأن الخطاب للأزواج بل هو للأولياء لأمرين :

الأمر الأول : أن الآية نزلت في معقل بن يسار^(٢) حين امتنع من تزويج أخته^(٣) ، فقد روى البخاري في صحيحه عن الحسن البصري في قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه ؛ قال : زوجت أختا لي من رجل^(٤) فطلقها ، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له : زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها إلي ، والله لا تعود إليها أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ فقلت : الآن أفعل يا رسول الله ، قال : فزوجها إياه^(٥) .

ففي سبب النزول المذكور دلالة على أن الخطاب للأولياء لا للأزواج ؛ لأن معقل ابن يسار هو الذي منع أخته من نكاح زوجها بعد طلاقها وهو وليها ، فالخطاب له دون الزوج ؛ إذ الزوج لا يقدر على العضل في هذه الحالة وقد طلقها .

الأمر الثاني : أن معنى قوله تعالى ﴿ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ أي لا تمنعنهن أن

(١) المبسوط للسرخسي ١١/٥ .

(٢) معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني ، أبو علي ويقال : أبو يسار ويقال : أبو عبد الله البصري ، صحابي جليل كان ممن بايع تحت الشجرة ، وإليه ينسب نهر معقل الذي بالبصرة ، توفي بالبصرة في آخر خلافة معاوية وقيل في ولاية يزيد / أسد الغابة لابن الأثير ٣٩٨/٤ - ٣٩٩ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٢٣٥/١٠ .

(٣) أخته : اسمها جميل (جيم مضمومة) بنت يسار وقيل اسمها ليلي ، وقيل فاطمة / انظر الإشارات إلى بيان أسماء المبهمات للنووي ص ٢٩ ، وفتح الباري لابن حجر ١٨٦/٩ .

(٤) من رجل : قيل هو أبو البداح بن عاصم الأنصاري ، وقيل عبد الله بن رواحة انظر تفسير القرطبي ٢٠/٥ تحقيق أحمد شاكر ، وفتح الباري لابن حجر ١٨٦/٩ .

(٥) الحديث رواه البخاري في صحيحه . انظر فتح الباري لابن حجر ١٨٣/٩ رقم الحديث ٥١٣٠ .

ينكحن الذين كانوا أزواجاً لهم قبل ذلك ، وهذا الكلام لا ينتظم إلا إذا كانت الآية خطاباً للأولياء لا للأزواج .

الاعتراض الثاني : أنه ليس في الآية إلا نهيهم عن العضل ولا يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض : وأجيب عن هذا الاعتراض بأن السلف قد فهموا شرط إذنهم في عصره ﷺ وبأمر من نزلت فيه إلى التكفير من يمينه والعقد ، ولو كان لا سبيل للأولياء لأبان الله تعالى غاية البيان بل كرر تعالى كون الأمر إلى الأولياء في عدة آيات ، ولم يأت حرف واحد أن للمرأة إنكاح نفسها^(٢) .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(٣) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية فيقال : إن الخطاب في الآية للأولياء لا للأزواج لأنه ورد ﴿ أَنْكِحُوا ﴾ بالهمز والماضي من ﴿ أَنْكِحُوا ﴾ أنكح الرباعي وإذا قيل أنكح فالمراد أنه عقد لغيره لا لنفسه ، ولو كانت « انكحوا » بغير همز لكان الفعل الماضي هو نكح الثلاثي ومعناه عقد لنفسه فيكون الخطاب للأزواج ، فلما وردت الآية بالهمز علم أن الخطاب للأولياء لا للأزواج ، وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾^(٤) .

وجه الاستدلال بهذه الآية :

أن صالح مدين هو الذي تولي عقد الزواج ، وفي هذا دلالة على أن النكاح للولي

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٨/٢ .

(٢) سبل السلام للصنعاني ١٢٠/٣ .

(٣) سورة النور آية ٣٢ ، وقد استدلل بهذه الآية ابن حزم في المحلى ٤٥١/٩ ، وابن عبد البر في الكافي ٥٣١/٢ ، وذكر الاستدلال بها الكاساني في بدائع الصنائع ٢٤٧/٢ .

(٤) سورة القصص آية ٢٧ وانظر في الاستدلال بها تفسير الطبري ٢٧١/١٣ ، ٧٣/٣ .

لاحظ فيه للمرأة^(١) .

الدليل الرابع : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال : إن الخطاب في قوله : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا ﴾ موجه إلى الأولياء من المسلمين بالأولاد يزوجوا المسلمات إلى المشركين وهذا دليل على أن لهم ولاية تزويجهم ، لأن الخطاب موجه إليهم دونهن .

الاعتراض على هذا الدليل :

اعتراض على الاستدلال بهذه الآية بما مفاده : أن الآية يحتمل أن تكون خطابا للأولياء كما يحتمل أن تكون خطابا لأولي الأمر ، ومن ادعى بأن المقصود بها الأولياء خاصة فعليه البيان . ولو سلم بأن المقصود بالآية خطاب الأولياء لكان هذا الخطاب مجملا لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ومراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة ، وإن قيل : إن الخطاب لجميع الأولياء ولأولي الأمر رد ذلك بأن الخطاب بالمنع ، والمنع بالشرع يستوي فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن^(٣) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عن هذا الاعتراض بعدم التسليم من أن الآية محتملة أن تكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر بل هي للأولياء الذين وجه إليهم الخطاب في صدرها ، وأما أولي الأمر من المسلمين فيكونون أولياء عند عدم وجود الأولياء أو عضلهم للنساء ، لقوله ﷺ :

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٧١/١٣ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢١ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٧٣/٣ ، مقدمات ابن رشد ٤٦/٣ مطبوع مع المدونة ، والمحلى لابن حزم ٢٤/١١ .

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ١٠/٢ (بتصرف) .

« فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »^(١) .

وأما القول بأن الخطاب إذا كان للأولياء فهو مجمل ، فغير مسلم بل الأولياء معروفون في زمان من نزلت فيهم الآية .

والقول بأن الخطاب في الآية بالمنع ، والمنع بالشرع يستوي فيه الأولياء وغيرهم ، جوابه أن يقال : إن الخطاب في الآية بالمنع بلاشك أما القول : إن المنع يستوي فيه الأولياء وغيرهم ، فغير صحيح ؛ لأن الأولياء هم المخاطبون بالآية فالمنع متوجه إليهم ، وأما غيرهم من الأجانب فلا يتناولهم المنع ؛ لأنه لا ولاية لهم أصلا ، فمنعهم مع بعدهم عن المرأة المزوجة وعدم ولايتهم لا معنى له^(٢) .

الدليل الخامس : عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرأة لم ينكحها الولي ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »^(٣) .
وفي هذا الحديث دلالة صريحة على بطلان تزويج المرأة من دون ولي .

الاعتراض على الاستدلال بهذا الحديث :

اعتراض على الاستدلال بهذا الحديث من طريقين :

(١) هذا الحديث جزء من حديث عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » والحديث رواه أبو داود في سننه كما رواه غيره من العلماء وهو الدليل الخامس للقائلين بالبطلان وسيأتي تخریجه قريبا .

(٢) سبل السلام للصنعاني ١٢١/٣ (بتصرف) .

(٣) الحديث رواه بهذا اللفظ ابن أبي شيبة في مصنفه ١٢٨/٤ ، وابن ماجه في سننه ٦٠٥/١ رقم الحديث ١٨٧٩ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . وروى الحديث بلفظ أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها الإمام أحمد في مسنده ٤٧/٦ ، ١٦٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٥/٧ . كما روى الحديث عبد الرزاق في مصنفه ١٩٥/٦ بلفظ أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، وكذلك الإمام الشافعي في مسنده ، انظر بدائع المنن ٣١٧/٢ رقم الحديث ١٥٤٣ ، وسعيد بن منصور في سننه ١٣٣/١ رقم الحديث ٥٢٨ ، وأبو داود في سننه ٥٦٦/٢ رقم الحديث ٢٠٨٣ تحقيق الدعاس ، والدارمي في سننه ١٣٧/٢ ، والدارقطني في سننه ٢٢١/٣ حديث رقم ١٠ من كتاب النكاح ، وابن حبان في صحيحه ، انظر موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان ص ٣٠٥ رقم الحديث ١٢٤٨ ، والحاكم في المستدرک ١٢٨/٢ وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي في تلخيصه .

الطريق الأول : الطعن في صحة هذا الحديث .

الطريق الثاني : تأويل هذا الحديث .

١ - الطريق الأول : الطعن في صحة هذا الحديث .

قال المعارضون للقول بالبطلان : إن هذا الحديث ضعيف لا يصح الاستدلال به لسببين :

السبب الأول : أن الزهري الذي روى هذا الحديث قد سأله عنه ابن جريج^(١) فلم يعرفه ، وفي رواية فأنكره ، فقال له : إن سليمان بن موسى^(٢) حدثنا به عنك ، قال : أخشى أن يكون قد وهم عليّ بعد أن أثنى على سليمان خيرا ، فإن عبارة فلم يعرفه ، وعبارة : فأنكره ، وعبارة أخشى أن يكون قد وهم عليّ لدى العلماء تدل على تضعيف الحديث أو إنكاره^(٣) .

السبب الثاني : أن عائشة - رضي الله عنها - راويته قد عملت بخلافه لأنها زوجت حفصة^(٤) بنت أخيها عبد الرحمن^(٥) ، المنذر بن الزبير^(٦) وكان أخوها غائبا في الشام ،

(١) ابن جريج : هو أبو خالد أو أبو الوليد عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الرومي الأموي أحد الأعلام ، كان يرى المتعة - توفي سنة ١٥٠ هـ ، تذكرة الحفاظ للذهبي ١٦٩/١ - ١٧١ رقم الترجمة ١٦٤ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٤٠٢/٦ ، ٤٠٦ .

(٢) سليمان بن موسى الأموي مولاهم أبو أيوب فقيه أهل الشام في زمانه روي عن وائلة بن الأسقع والزهري ومكحول وغيرهم ، وعنه ابن جريج وسعيد بن عبد العزيز والأوزاعي وثور بن يزيد وجماعة ، قال أبو حاتم : محله الصدق وفي حديثه بعض الاضطراب ، ولا أعلم أحدا من أصحاب مكحول أفقه منه ولا أثبت منه توفي سنة ١١٩ هـ ، الجرح والتعديل للرازي ١٤١/٤ ، والكاشف للذهبي ٤٠١/١ ، وتهذيب التهذيب ٢٢٦/٤ - ٢٢٧ .

(٣) انظر المبسوط للسرخسي ١٢/٥ ، وشرح معاني الآثار للطحاوي ٨/٣ والبدائع للكاساني ٢٤٨/٢ .

(٤) حفصة : بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق زوجة المنذر بن الزبير روت عن أبيها وعمتها عائشة وأم سلمة ، وروى عنها عراك بن مالك وعبد الرحمن بن سابط ويوسف بن ماهك ، قال العجلي : تابعة ثقة . الطبقات الكبرى لابن سعد ٤٦٨/٨ ، ٤٦٩ ، الكاشف للذهبي ٤٦٨/٣ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٤١٠/١٢ .

(٥) عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق يكنى أبا عبد الله ، وقيل بل يكنى أبا محمد بابنه محمد الذي يقال له أبو عتيق ، شهد عبد الرحمن بدرا وأحدا مع قومه كافرا ، ثم أسلم وحسن إسلامه ، وكان اسمه عبد الكعبة فغير رسول الله ﷺ اسمه وسماه عبد الرحمن ، وكان امرءا صالحا فيه دعابة ، توفي سنة ٥٣ هـ وقيل سنة ٥٥ والأول أصح ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر ٨٢٤/٢ وما بعدها ، الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٤٠٧/٢ .

(٦) المنذر بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي ، أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق ، كان عند عبيد الله بن زياد لما امتنع عبد الله بن الزبير من بيعة يزيد فكتب يزيد إلى عبيد الله أن يقبض على المنذر =

ولما رجع لم يمضه عندهما علم ، وأنه غضب حتى قال : أمثلي يفتات عليه في بناته ؟^(١) ، فلم تر عائشة ذلك ميطلا للعقد فكلمت المنذر فقال : إن ذلك بيد عبد الرحمن ، وقال عبد الرحمن : ما كنت لأرد أمرا قضيته فأمضاه واستمرت حفصة عند المنذر^(٢) .

قال السرخسي : « وبهذا يتبين أن ما روي من حديث عائشة - رضي الله عنها - غير صحيح فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل على وهن الحديث^(٣) .

الإجابة عن طعن المعارضين لهذا الحديث :

وقد أجاب جمهور العلماء عن السبب الأول بأن حديث عائشة رضي الله عنها قد ثبت من طرق كثيرة عند المحدثين^(٤) ، والرواية التي ذكرت عن ابن جريج أنه سأل الزهري عن الحديث فلم يعرفه جاءت من طريق ابن علية^(٥) وقد أنكر أهل العلم حكاية ابن علية هذه ، ولم يعرجوا عليها ، قال الإمام يحيى بن معين : ليس يقول هذا إلا ابن علية ، إنما عرض ابن علية كتب ابن جريج على عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد^(٦) فأصلحها له^(٧) . ولو ثبت ما نقله ابن علية عن الزهري لم يكن في ذلك حجة لأنه قد

= فبلغ المنذر فهرب إلى مكة فقتل المنذر في الحصار الأول بعد وقعة الحرة سنة ٦٤ هـ . الطبقات الكبرى لابن سعد ١٠٠/٣ - ١٠١ ، ١٤٧/٥ ، ٤٦٨/٨ ، ٦٦٩ ، تعجيل المنفعة لابن حجر ص ١١١ .

(١) أمثلي يفتات عليه في بناته ؟ : هو افتعل من القوات وهو السبق يقال لكل من أحدث شيئا في أمر دونك قد افتات عليك فيه ، والمعنى : أمثلي يفعل في شأن بناته شيء بغير أمره . النهاية لابن الأثير ١٨١/٣ ، ٢١٧ .

(٢) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي ٨/٣ ، والمبسوط للسرخسي ١٢/٥ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٢٤٨/٢ (٣) المبسوط ١٢/٥ .

(٤) الدراية في تخریج أحاديث الهداية لابن حجر ٦٠/٢ ، والمحلى لابن حزم ٣٠/١١ ، ونيل الأوطار ١٣٥/٦ . (٥) ابن علية : هو أبو إسحاق إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي المصري ، ولد سنة ١٥١ هـ ، وكان جهميا يقول بخلق القرآن ومن رجال الحديث وله شذوذ كثير ، ومذاهبه عند أهل السنة مهجورة وهو من تلامذة أبي بكر الأصبم ، توفي في بغداد سنة ٢١٨ هـ . ميزان الاعتدال ٢٠/١ ، ولسان الميزان ٣٤/١ - ٣٥ .

(٦) هو عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد الأزدي مولى المهلب أبو عبد الحميد المكي ، روى عن أبيه وأمين بن نابل وابن جريج ومعمرو وسالم الجزري وغيرهم ، وروى عنه الشافعي وأحمد والحميدي والزبير بن بكار وغيرهم ، قال أحمد : ثقة يغلو في الأرجاء ، وقال ابن أبي مريم عن ابن معين : ثقة ، كان يروي عن قوم ضعفاء وكان أعلم الناس بحديث ابن جريج ، توفي سنة ٢٠٦ هـ . التاريخ ليحيى بن معين ٣٧٠/٢ ، الكاشف للذهبي ٢٦/٢ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٨١/٦ - ٣٨٢ .

(٧) تاريخ يحيى بن معين ٢٥٧/١ ، ٣٧٠/٢ .

نقله عنه ثقات منهم سليمان بن موسى ، وجعفر بن ربيعة^(١) فلو نسيه الزهري لم يضره ؛ لأن النسيان لا يعصم منه ابن آدم قال ﷺ : « نسي آدم فنسيت ذريته »^(٢) وكان ﷺ ينسى فمن سواه أخرى أن ينسى ومن حفظ فهو حجة على من نسي ؛ فإذا روى الخبر ثقة فلا يضره نسيان من نسيه^(٣) .

وأجيب عن السبب الثاني لتضعيف الحديث وهو قولهم إن عائشة راوية الحديث وقد عملت بخلافه حيث زوجت حفصة بنت أخيها وهو غائب من المنذر بن الزبير ، بأننا لا نسلم بأن عائشة هي التي تولت ذلك العقد لأمرين :

١ - الأمر الأول : أن عائشة رضي الله عنها قد روت عن رسول الله ﷺ بطلان النكاح بدون ولي ، فمن المحال أن تخالفه وهي عالمة بذلك .

٢ - الأمر الثاني : أنه قد ثبت عن عائشة أنها إذا أرادت نكاح امرأة من نسائها دعت رهطا من أهلها فتشهدت ، حتى إذا لم يبق إلا النكاح قالت : يا فلان أنكح فإن النساء لا ينكحن^(٤) .

وعليه فيتعين حمل ما ورد من أنها (زوجت حفصة بنت أخيها) على أنها مهدت أسباب التزويج لا أنها وليت عقد النكاح ، لأن الثابت عنها أنها تحاول التوفيق بين الرجل

(١) جعفر بن ربيعة بن شرحبيل بن حسنة القرشي ، رأى عبد الله بن الحارث بن جزء الصحابي ، وروى عن الأعرج والزهري ويعقوب بن الأشج وغيرهم وروى عنه ابن لهيعة والليث ونافع بن يزيد وغيرهم . قال أحمد : كان شيخا من أهل الحديث ثقة . وقال أبو زرعة : صدوق ، توفي سنة ١٣٦ هـ . الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٤٧٨/٢ ، الكاشف للذهبي ١٨٤/١ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٩٠/٢ .

(٢) هذا الحديث جزء من حديث طويل رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لما خلق الله آدم مسح ظهره فسقط من ظهره كل نسمة هو خالقها من ذريته إلى يوم القيامة ، وجعل بين عيني كل إنسان منهم ويصا من نور ثم عرضهم على آدم فقال : أي رب ، من هؤلاء ؟ . قال : هؤلاء ذريتك فرأي رجل منهم فأعجبه وبيص ما بين عيني ، فقال : أي رب ، من هذا ؟ قال : هذا رجل من آخر الأمم من ذريتك يقال له داود ، قال : رب وكم جعلت عمره ؟ قال : ستين سنة . قال : أي رب زده من عمري أربعين سنة ، فلما انقضى عمر آدم جاءه ملك فقال : أو لم يبق من عمري أربعين سنة ؟ قال : أو لم تعطها لابنك داود ، قال : فجحد آدم فجحدت ذريته ، ونسي آدم فنسيت ذريته ، وخطيء آدم فخطئت ذريته / قال الترمذي : حديث حسن صحيح . انظر سنن الترمذي ٢٣٤/٨ ، رقم الحديث ٣٠٧٨ .

(٣) تفسير القرطبي ٧٣/٣ - ٧٤ ، المغني لابن قدامة ٤٤٩/٦ ، المحلى لابن حزم ٢٦/١١ ، نصب الراية في تخریج أحاديث الهداية للزيلعي ١٨٥/٣ .

(٤) مصنف عبد الرزاق ٢٠١/٦ .

الراغب في الزواج ، والمرأة المخطوبة فإذا اتفقوا ولم يبق إلا العقد دعت الولي ليعقد بينهما^(١) .

الطريق الثاني : تأويل هذا الحديث : قال المعارضون للقول بالبطلان : إن الحديث محمول على تزويج المرأة نفسها من غير الكفء فإنه باطل في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، وحينئذ يثبت للولي المطالبة بفسخه^(٢) .

الجواب عن هذا التأويل :

ويمكن أن يجاب عن هذا التأويل فيقال : إن لفظ الحديث عام في بطلان عقد كل امرأة تزوجت من دون ولي ، والتفريق بين الكفء وغير الكفء مخالف لعموم الحديث ، كما أنه لو كان المراد به نكاح غير الكفء لبينه النبي ﷺ في وقته إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .

الدليل السادس : عن أبي موسى الأشعري^(٣) رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي »^(٤) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث :

أن النفي في الحديث لا يخلو من أمرين : إما أن يكون المراد به نفي الحقيقة الشرعية

(١) انظر المحلى لابن حزم ٢٧/١١ وشرح معاني الآثار للطحاوي ١٠/٣ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٣٩٥/٢ (بتصرف) .

(٣) أبو موسى الأشعري : عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب بن عامر الأشعري ، صحابي جليل كان من أحسن الناس صوتا بالقرآن ولاء رسول الله ﷺ مخاليف اليمن زبيدة وذواتها إلى الساحل وولاه عمر البصرة ، وولاه عثمان على الكوفة إلى أن مات وعزله علي - رضي الله عنه - عنها ومات بالكوفة في داره ، وقيل إنه مات بمكة سنة ٤٤ هـ وقيل سنة ٥٠ هـ وقيل سنة ٥٢ هـ وهو ابن ثلاث وستين سنة ، الاستيعاب لابن عبد البر ٩٧٩/٣ وما بعدها ، الإصابة ٣٥٩/٢ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ١٣٢/١ رقم الحديث ٥٢٧ ، والإمام أحمد في مسنده ٣٩٤/٤ ، ٤١٣ ، وعبد الرزاق في مصنفه ١٩٦/٦ رقم الحديث ١٠٤٧٥ ، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٨/٣ ، وأبو داود في سننه ٥٦٨/٢ ، رقم الحديث ٢٠٨٥ (تحقيق الدعاس) والترمذي في سننه ٥٣/٤ - ٥٤ رقم الحديث ١١٠١ (تحقيق الدعاس) والدارمي في سننه ١٣٧/٢ ، وابن الجارود في المنتقى ص ٢٣٥ رقم الحديث (٧٠٢ ، ٧٠٣) . وابن ماجه في سننه ٦٠٥/١ رقم الحديث ١٨٨١ ، والدارقطني في سننه ٢١٩/٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٧/٧ ، والحاكم في المستدرک ١٦٩/٢ - ١٧٠ ، وقال أسانيد هذا الباب صحيحة ، ووافقه الذهبي في تلخيصه .

للنكاح ، وأن النكاح غير موجود بدون ولي ، أو أن يراد به نفي الصحة أي لا يصح النكاح بدون ولي ، وعلى كلا الأمرين فإن النكاح بدون ولي يعتبر باطلاً^(١) .

الاعتراض على الاستدلال بهذا الحديث :

اعترض المخالفون - وهم الحنفية - للقول بالبطلان على الاستدلال بهذا الحديث بأمرين :

الأمر الأول : الطعن في صحة هذا الحديث .

الأمر الثاني : تأويل هذا الحديث .

فأما الأمر الأول : وهو الطعن في صحة هذا الحديث فقد قال الطحاوي : « إن الحديث لا تقوم به حجة لأن من هو أثبت من إسرائيل^(٢) وأحفظ منه مثل سفيان^(٣) وشعبة^(٤) قد رواه عن أبي إسحاق^(٥) منقطعا^(٦) . وقال ابن الهمام^(٧) : إن الحديث ضعيف لأنه مضطرب في إسناده وفي وصله وانقطاعه وإرساله . قال الترمذي : « هذا الحديث فيه اختلاف »^(٨) .

(١) انظر تيل الأوطار للشوكاني ١٣٥/٦ - ١٣٦ .

(٢) إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي الكوفي أحد الأعلام ، قال عيسى بن يونس ، قال لي أخي إسرائيل : كنت أحفظ حديث أبي إسحاق كما أحفظ السورة من القرآن ، وقال أحمد بن حنبل : ثقة . وقال الذهبي : إسرائيل اعتمده البخاري ومسلم في الأصول وهو في الثبت كالأسطوانة فلا يلتفت إلى تضعيف من ضعفه . توفي سنة ١٦٢ هـ . ميزان الاعتدال للذهبي ٢٠٨/١ - ٢٠٩ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٢٦١/١ .

(٣) هو سفيان الثوري كما ورد مصرحا به في شرح معاني الآثار ٩/٣ .

(٤) هو شعبة بن الحجاج الأزدي أبو بسطام أحد أئمة الإسلام في الحديث كان من سادات أهل زمانه حفظا وإتقانا وورعا وفضلا ، توفي سنة ١٦٠ هـ . تهذيب التهذيب ٣٣٨/٤ - ٣٤٦ . طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٨٣ .

(٥) أبو إسحاق : عمرو بن عبد الله بن عبيد الله بن أبي شعيرة ، أبو إسحاق السبيعي الكوفي ولد لستين بقيتا من خلافة عثمان ، روى عن علي بن أبي طالب ، والمغيرة بن شعبة وأبي بردة وأبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود ، وخلق كثير وعنه ابنه يونس وابن ابنه إسرائيل بن يونس وقتادة وآخرون ، كان صواما قواما ، وهو ثقة عند المحدثين ، توفي سنة ١٢٧ هـ وله من العمر ٩٥ سنة . الكاشف للذهبي ٣٣٤/٢ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٦٣/٨ .

(٦) شرح معاني الآثار ٨/٣ .

(٧) ابن الهمام : هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السيواسي ، ولد بالإسكندرية سنة ٧٨٨ هـ ، وكان إماما فروعيا أصوليا محدثا توفي سنة ٨٦١ هـ . له مصنفات منها شرح الهداية المسمى فتح القدير . انظر : شذرات الذهب ٢٩٨/٧ ، الفوائد البهية ص ١٨٠ .

(٨) فتح القدير ٣٩٤/٢ ، وانظر سنن الترمذي ٥٣/٤ - ٥٤ .

الجواب عن الطعن في صحة الحديث :

ويمكن أن يجاب عن الطعن الموجه لهذا الحديث بأن كون شعبة وسفيان روياه منقطعا لا يدل على ضعف الحديث ، لاسيما وقد ثبت متصلا من رواية إسرائيل عن أبي إسحاق ، وإسرائيل ثقة ثبت في أبي إسحاق . قال الإمام أحمد : إسرائيل ثقة ثبت ، وعجب من حفظه ، وقال الذهبي : إسرائيل اعتمده البخاري ومسلم في الأصول وهو في الثبوت كالاسطوانة فلا يلتفت إلى تضعيف من ضعفه ^(١) .

ولو سلمنا بأن الحديث مرسل فإن المعارضين لهذا الحديث - وهم الحنفية - يحتجون بالحديث المرسل ^(٢) فلزمهم العمل بهذا الحديث وقد احتجوا بالزيادة الواردة في هذا الحديث في كون الشهادة واجبة في النكاح ، قال ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ^(٣) . فلزمهم أن يعملوا بإثبات الولاية ، من هذا الحديث ؛ لأن احتجاجهم بوجوب الشهادة في النكاح من هذا الحديث دليل على تسليمهم بصحته .

الأمر الثاني : تأويل هذا الحديث :

قال المعارضون للقول بالبطلان : إذا سلمنا بصحة الحديث فإنه لا دلالة فيه على إثبات الولاية في النكاح ، وذلك أن الحديث محمول على ما يلي :

أولا : أن المراد من قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » أي لا نكاح على الكمال والسنة ، وليس المراد منه نفي الحقيقة الشرعية أي البطلان .

ثانيا : أو أن المراد من الولي من يتوقف العقد على إذنه ، وهو نفي ولاية من لا ولاية له ، والمعنى : لا نكاح إلا بمن له ولاية ، والغرض منه بطلان نكاح من لا ولاية له لبطلان ولاية الكافر على المسلمة .

(١) ميزان الاعتدال ٢٠٨/١ - ٢٠٩ .

(٢) انظر في احتجاج الحنفية بالمرسل ص ٥٧ من هذا البحث .

(٣) هذه الزيادة من رواية ابن حبان في صحيحه قال : أخبرنا عمر بن محمد الهمداني من أهل كنانة حدثنا سعيد ابن يحيى بن سعيد الأموي حدثنا حفص بن غياث عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، وما كان من نكاح علي غير ذلك فهو باطل ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له . موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان للهيتمي ص ٢٤٥ رقم الحديث ١٢٤٧ .

ثالثا : أو أن كلمة (ولي) في الحديث تشمل الذكر والأنثى ، وعليه فإن المرأة تعتبر وليا لنفسها لأنها تتصرف في خالص مالها فكذا في عقد زواجها^(١) .

الجواب عن هذا التأويل :

ويمكن أن يجاب عن هذا التأويل فيقال لا نسلم بأن قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » ، المراد منه لا نكاح على الكمال والسنة ، بل المراد به نفي الحقيقة الشرعية ، أو نفي الصحة ، بدليل ما ورد في حديث عائشة - رضي الله عنها - « أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل »^(٢) وذلك بنفي ما عداه من الاحتمالات .

أما القول بأن المراد من الولي من يتوقف العقد على إذنه ، وهو نفي ولاية من لا ولاية له فجوابه أن يقال : إن الحديث عام ؛ لأن الولي نكرة في سياق النفي فتعم ، وتخصيص ذلك بنوع من أنواع الولاية تخصيص بدون دليل ، كما أن المنقول عن بعض الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم فهموا من هذا الحديث ألا نكاح بدون إذن ولي وعقده ، لذلك رأوا بطلان العقد بدونه^(٣) .

وأما القول بأن كلمة (الولي) تشمل الذكر والأنثى فغير مسلم ، ذلك أنه لو أريد في الحديث الأنثى لقليل لا نكاح إلا بولية ، بالتأنيث فأما ذكره بلفظ التذكير فذلك دليل على أن المراد به الرجال لا النساء ، كما أن القول بأن الأنثى داخلة في لفظ الولي يذهب بفائدة الحديث ، لأنه لا يتصور وجود عقد نكاح إلا بوجود منكوحة ، وحينئذ لا يتميز عقد النكاح عن سائر العقود الأخرى مع أن عقد النكاح قد خص باشتراط الولي^(٤) ، وكون المرأة ولاية في التصرف في مالها لا يبيح تصرفها في عقد زواجها ؛ لأن عقد الزواج عقد خطير يحتاج فيه العاقد إلى المعرفة التامة وبعد النظر ، وربما يلحق بالأولياء العار بخلاف التصرف في المال فإنه أقل ضررا من ذلك .

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٩٤/٢ .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث في ص ٣٦٩ من هذا البحث .

(٣) انظر المستدرک للحاكم ١٧٢/٢ ، معالم السنن للخطابي مطبوع مع سنن أبي داود ٥٧٠/٢ بتحقيق الدعاس ، والمغني لابن قدامة ٤٤٩/٦ .

(٤) عقد الزواج ، د . محمد رأفت عثمان ص ١٩٥ .

الدليل السابع : عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها »^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال إن النبي ﷺ نهى أن تزوج المرأة المرأة ، أو أن تزوج نفسها ، والمراد أن تتولى عقد الزواج في ذلك ، والنهي في الحديث يقتضي البطلان ، وذلك دليل على بطلان النكاح بدون ولي .

الاعتراض على الاستدلال بهذا الحديث :

قال المعارضون للقول بالبطلان : إن هذا الحديث لا يدل على بطلان عقد الزواج بدون ولي ، وذلك لأن النهي فيه محمول على الكراهة لحضور المرأة مجلس الأملاك ، لما في حضورها تلك المجامع من التبذل والوقاحة^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن ذلك فيقال : إن حمل الحديث على الكراهة ليس له ما يبرره ، لأن النهي صريح بعدم تزويج المرأة نفسها ولا غيرها ، فالأولى حمل الحديث على معناه الحقيقي المتبادر إلى الذهن ، كما أنه لو كان المقصود نهياً عن حضور مجالس الرجال لورد ذلك صريحاً بالآلا تعقد المرأة بحضرة الرجال أو لا تحضر مجالسهم عند العقد ، إذ من الممكن أن تقوم بذلك عندما توضع سترة أو حاجز بينها وبين الرجال ، فلما ورد النهي مطلقاً دل على أن المراد به عدم العقد لا عدم حضور مجالس الرجال .

الدليل الثامن : عن عكرمة بن خالد^(٣) قال : جمعت الطريق ركبا فجعلت منهن ثيبا

(١) أخرجه ابن ماجه ٦٠٦/١ رقم الحديث ١٨٨٢ ، والدارقطني في سننه ٢٢٧/٣ ، رقم الحديث ٢٥ من كتاب الزواج ، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٠/٧ .

(٢) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٩٣/٢ .

(٣) عكرمة بن خالد بن العاص بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي روى عن أبيه وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وأبي الطفيل وغيرهم وروى عنه أيوب وابن جريج وعبد الله بن طاووس وعبد الله بن عطاء المكي وحنظلة بن أبي سفيان وعباد بن منصور وقتادة وغيرهم . وهو ثقة عند المحدثين ، مات بعد عطاء بمكة . الكاشف للذهبي ٢٧٦/٢ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٢٥٨/٧ .

أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها ، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمنكح ورد
نكاحهما^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الدليل :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الدليل فيقال : إن في هذا الدليل دلالة صريحة على
اشتراط الولي ؛ لأن الذي عقد لهذه المرأة وكيل ، لكنه غير ولي ، فلو كانت المرأة تصلح
للولاية لأجيزت وكالتها لأن الولي إذا وكل أحدا تجوز وكالته ، فلما لم تجز وكالتها لم
تجز مباشرتها لذلك العقد لعدم ولايتها .

الدليل التاسع : من المعقول : وهو أن عقد الزواج عقد خطير له شأن ولذلك كان
لابد فيه من الإعلان والشهرة ، ولا يتحقق إذا عقده النساء ؛ لأن النساء لا يظهرن
بمقتضى الفطرة متفردات عن أهلهن ، لذلك كان لابد من قيام الرجال بذلك وعدم
السماح للنساء به^(٢) .

الدليل العاشر : من المعقول أيضا : وهو أن النكاح يراد لتحقيق مقاصده وأغراضه
المرجوة ، وهذه تتوقف على حسن النظر ، ودقة التأمل ، والتفويض إليهن بقبول عبارتهن
في العقد ، مغل بهذه المقاصد ، والأغراض المتوخاة من العقد لأنهن سريعات الاغترار يؤثر
فيهن الكلام اللين ، والترغيب المصطنع فيخترن من لا يصلح ، لاسيما عند غلبة الشهوة
والميل إلى الرجال ، لذلك كان لابد من قيام الرجال بذلك من أجل أن يحصل الأمان
والستر للمرأة^(٣) .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن عقد المرأة الزواج لنفسها صحيح سواء أكان الزوج كفؤا أم غير
كفء بما يأتي :

(١) هذا الأثر رواه الإمام الشافعي ، انظر بدائع المنن ٣١٩/٢ رقم الحديث ١٥٤٨ ، وابن أبي شيبة في مصنفه
١٣١/٤ - ١٣٢ ، والدارقطني في سننه ٢٢٥/٣ رقم الحديث ٢٠ من كتاب النكاح والبيهقي في السنن الكبرى
١١١/٧ . وقد استدل بهذا الأثر ابن ضويان في كتابه منار السبيل في شرح الدليل ١٥١/٢ .

وهذا الأثر منقطع لأن عكرمة بن خالد لم يسمع من عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - انظر المراجع المشار
إليها في ترجمة عكرمة ص ٣٧٧ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة ٤٥٠/٦ ، والمبدع لابن مفلح ٢٨/٧ .

(٣) انظر المراجع السابقة .

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(١) .

وجه الاستدلال بهذه الآية :

أن الله سبحانه وتعالى أضاف النكاح إلى النساء في هذه الآية وذلك يفيد أنهن يملكن مباشرة من دون الأولياء ^(٢) ، ويؤيد ذلك نهي الأولياء عن الاعتراض على النكاح إذا حصل الرضا بين الزوجين .

الجواب عن الاستدلال بهذه الآية :

وأجيب بأن إضافة النكاح إليهن لا تدل على جواز النكاح بعبارتهم ، وإنما أضيف إليهن لأنهن محل له ^(٣) ، وأما نهي الأولياء عن منعهم من نكاح أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف فهذا يدل على اشتراط إذن الولي لا على عدم اشتراطه .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٤) .

وجه الاستدلال بهذه الآية :

وجه الاستدلال بهذه الآية كالأية السابقة فقد أضافت الآية النكاح إلى المرأة المطلقة ، وذلك دليل على أن لها حق تزويج نفسها على سبيل الاستقلال وأن العقد ينشأ بصيغتها ^(٥) .

الجواب عن الاستدلال بهذه الآية :

وقد أجاب ابن العربي المستدلين بهذه الآية فقال : « إن النكاح ههنا هو الوطاء فلا يصح الاستدلال لكم معنا بهذه الآية ، فإن قيل القرآن اقتضى تحريمها إلى العقد ، والسنة

(١) سورة البقرة آية ٢٣٢ وقد استدل بهذه الآية السرخسي في المبسوط ١١/٥ ، والكاساني في البدائع ٢٤٨/٢ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/٥ .

(٣) المبدع لابن مفلح ٢٨/٧ ، ومطالب أولي النهى للرحبياني ٥٨/٥ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٠ ، وانظر في الاستدلال بهذه الآية ، البدائع للكاساني ٢٤٨/٢ ، والمبسوط للسرخسي ١١/٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١١٧/٢ ، والبحر الرائق لابن نجيم ١١٧/٣ .

(٥) انظر المراجع السابقة في توجيه الاستدلال بهذه الآية .

لم تبدل لفظ النكاح ولا نقلته عن العقد إلى الوطء ، إنما زادت شرطا آخر وهو الوطء قلنا : إذا احتمل اللفظ في القرآن معنيين فأثبتت السنة أن المراد أحدهما فلا يقال إن القرآن اقتضى أحدهما وإنما يقال السنة أثبتت المراد منهما ، والعدول عن هذا جهل بالدليل ^(١) .

الدليل الثالث : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ ^(٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

وجه الاستدلال بهذه الآية في قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ حيث أضافت الآية الفعل إلى المتوفى عنها زوجها ، وإضافة الفعل إلى الفاعل تحمل على المباشرة ؛ لأن ذلك هو الحقيقة ، وفي ذلك دلالة على أن لها الحق في أن تزوج نفسها ^(٣) .

الجواب عن الاستدلال بهذه الآية :

وأجيب عن الاستدلال بهذه الآية أن قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ خطاب مع الأولياء ، ولولا أن هذا العقد لا يصح إلا من الولي لما صار مخاطبا بقوله : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ .

وأما قوله تعالى : ﴿ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ فالمراد به مما يحسن عقلا وشرعا ؛ لأنه ضد المنكر الذي لا يحسن ، وذلك هو الحلال من التزوج إذا كان مستجمعا لشرائط الصحة ومنها تولى الولي لذلك العقد ^(٤) .

الدليل الرابع : قوله تعالى : ﴿ وَامْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا ... ﴾ الآية ^(٥) .

(١) أحكام القرآن ١/١٩٨ - ١٩٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٤ ، المبسوط للسرخسي ١١/٥ ، والاختيار لتعليق المختار للموصلي ٩١/٣ .

(٣) التفسير الكبير للفخر الرازي ٦/١٣٨ ، والمبسوط للسرخسي ١١/٥ ، وأحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٠ .

(٤) التفسير الكبير للفخر الرازي ٦/١٣٨ (بتصرف) .

(٥) سورة الأحزاب آية ٥٠ ، بدائع الصنائع ٢/٢٤٨ .

توجيه الاستدلال :

قال الكاساني : « إن الآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها ، وانعقادها بلفظ الهبة فكان حجة على المخالف في المسألتين »^(١) .

الجواب عن الاستدلال بهذه الآية :

وأجيب عن الاستدلال بهذه الآية بأنها خاصة بالنبي ﷺ لقوله تعالى : ﴿ حَالِصَةً لَّكَ ﴾ كما أن الولي قد شرع لقلة الثقة بالمرأة في اختيار أعيان الأزواج ، وخوف غلبة الشهوة في نكاح غير الكفاء ، وإلحاق العار بالأولياء ، وهو معدوم في حق النبي ﷺ^(٢) .

الدليل الخامس : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴾^(٣) ... الآية .

وجه الاستدلال بهذه الآية :

إن في الآية تصريحاً بأن المرأة المطلقة هي التي ترجع ، من دون ذكر الولي وفي ذلك دلالة على انعقاد النكاح بعبارتها^(٤) .

الجواب عن هذا الدليل :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال فيقال إن إضافة الرجعة إلى المرأة لا يلزم منه جواز عقدتها ، وإنما فائدة الإضافة ألا يتم إلا برضاها ورغبتها ولأنها محل للرجعة .

الدليل السادس : عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها »^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٤٨ والمراد بالمسألتين هما انعقاد النكاح بدون ولي وانعقاده بلفظ الهبة وذلك جائز كما يراه الحنفية .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٣/١٥٤٨ - ١٥٤٩ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٤) انظر تبين الحقائق للزيلعي ٢/١١٧ .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٥٢٤ في الباب الثاني من كتاب النكاح (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ورواه عنه مسلم في صحيحه ٢/١٠٣٧ رقم الحديث ٤١٢١ ، كما رواه أحمد في مسنده ٣/٢٧١ رقم الحديث ١٨٨٨ تحقيق أحمد شاكر ، وأبو داود في سننه ٢/٥٧٧ رقم الحديث ٢٠٩٨ (تحقيق الدعاس) ، والترمذي في سننه ٤/٦٥ رقم الحديث ١١٠٨ (تحقيق الدعاس) ، والدارمي في سننه ٢/١٣٨ .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

قالوا في توجيه الاستدلال بهذا الحديث : إن المراد بالأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، وقد أثبت هذا الحديث لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله (أحق) ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به^(١) ..

الجواب عن هذا الدليل :

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بأننا لا نسلم بأن المراد بالأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وإنما المراد بالأيم في هذا الحديث الثيب فقط ، وذلك للأمور الآتية :
أولا : أنه قد ورد في رواية أخرى عند مسلم التصريح بلفظ الثيب بللا من الأيم^(٢) .

ثانيا : مقابلة لفظ الأيم بالبكر في الحديث وذلك يدل على أن المراد بالأيم هي الثيب .
ثالثا : أن لفظ « الأيم » لو كانت البكر داخله فيه لما كان هناك موجب لذكر البكر وتخصيصها بالاستئذان وأن إختصاصها « قلما تذكر لفظ البكر دل على أن الأيم هي غير البكر ..

وأما كلمة (أحق) في الحديث فلا تدل على عدم اشتراط الولي بل إنها تشعر باشتراطه ، وأن له حقا في تزويجها إلا أن حقها أولى في اختيار الزوج وذلك هو ما تقتضيه صيغة التفضيل من وجود مشاركة بين المفضل ، والمفضل عليه .

الدليل السابع : حديث ابن عمر بن أبي سلمة^(٣) عن أبيه^(٤) عن أم سلمة^(٥) لما

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٩٣/٢ .

(٢) صحيح مسلم ١٠٣٧/٢ رقم الحديث ٦٧ من كتاب النكاح (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) .

(٣) ابن عمر بن أبي سلمة : قيل إن اسمه محمد وهو شيخ لثابت البناني قال ابن أبي حاتم : سمعت أبي يقول لا أعرفه ، وقال الذهبي : لا يعرف وقال ابن حزم : مجهول . الجرح والتعديل للرازي ١٨/٨ رقم الترجمة ٨٠ ، التاريخ الكبير للبخاري ١٧٦/١ رقم الترجمة ٧٣٤ ، ميزان الاعتدال للذهبي ٥٩٤/٤ رقم الترجمة ١٠٨١٨ ، لسان الميزان لابن حجر ٤٩٩/٧ رقم الترجمة ٥٧٨١ ، والمحلى ٣٤/١١ .

(٤) أبوه : عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد القرشي المخزومي ربيب رسول الله ﷺ ؛ لأن أمه أم سلمة زوج النبي ﷺ يكنى أبا حفص ولد في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة وقيل إنه كان له يوم قبض النبي ﷺ تسع سنين ، شهد الجمل مع علي واستعمله على البحرين وعلى فارس وتوفي بالمدينة أيام عبد الملك بن مروان سنة ٨٣ هـ . أسد الغابة لابن الأثير ٧٩/٤ ، الإصابة لابن حجر ٥١٩/٢ .

(٥) أم سلمة : هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية المخزومية ، زوج النبي ﷺ =

انقضت عدتها بعث إليها أبو بكر يخطبها عليه فلم تزوجه ، فبعث إليها رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب يخطبها عليه فقالت : أخبر رسول الله ﷺ أنني امرأة غیری^(١) ، وأني امرأة مصيبة^(٢) وليس أحد من أوليائي شاهداً ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك ، فقال له : ارجع إليها فقل لها : أما قولك إني امرأة غیری فسادعو الله لك فيذهب غيرتك ، وأما قولك إني امرأة مصيبة فستكفين صبيانك ، وأما قولك إن ليس أحد من أوليائي شاهداً ، فليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك ، فقالت لابنها عمر : قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه^(٣) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث :

إن رسول الله ﷺ خطب أم سلمة إلى نفسها وفي ذلك دليل على أن الأمر في التزويج إليها دون أوليائها ، ولما قالت له : (إنه ليس أحد من أوليائي شاهداً) قال الرسول ﷺ لها : « إنه ليس فيهم شاهد ولا غائب يكره ذلك » ، فأمرت عمر ابنها وهو يومئذ طفل صغير غير بالغ أن يزوجه ، والطفل لا ولاية له فولته هي أن يعقد النكاح ففعل فرآه النبي ﷺ جائزاً ، وكان عمر بتلك الوكالة قام مقام من وكله فصارت أم سلمة كأنها هي التي عقدت النكاح على نفسها للنبي ﷺ ، ولما لم ينتظر رسول الله ﷺ حضور أوليائها دل ذلك على أن بضعها إليها دونهم^(٤) .

الجواب عن هذا الدليل :

وأجيب عن هذا الحديث بأنه حديث ضعيف لأنه إنما روي من طريق ابن عمر بن

= كانت قبل النبي ﷺ عند أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومي ، فولدت له سلمة وعمر ودرة وزينب وتوفي فخلفه عليها رسول الله ﷺ بعده ، وكانت ممن أسلم قديماً ، وأم سلمة موصوفة بالجمال البارع والعقل البالغ والرأي الصائب توفيت سنة ٥٩ هـ وقيل سنة ٦١ هـ . أسد الغابة لابن الأثير ٥/٥٨٨ ، ٥٨٩ ، الإصابة لابن حجر ٤/٤٦٠ رقم الترجمة ١٣٠٩ .

(١) امرأة غیری : أي ذات غيرة أي فلا يمكن الاجتماع مع سائر الزوجات ، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٤٠١/٣ .

(٢) مصيبة : أي ذات صبيان وأيتام . النهاية في غريب الحديث ١١/٣ .

(٣) الحديث رواه الإمام أحمد ٦/٢٩٥ ، ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣١٧ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١١/٣ ، والنسائي في سننه ٦/٨١ ، والحاكم في المستدرک ٤/١٦ ، ١٧ ، وقال صحيح الإسناد ووافقه الذهبي في تلخيصه .

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي ١٢/٣ .

أبي سلمة وهو مجهول^(١) ، ثم لو صح لم يكن فيه حجة لأن الله تعالى يقول : ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾^(٢) فهذا خارج من قوله ﷺ : «أَيُّمَا امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل»^(٣) .

الدليل الثامن : ما روي عن محمد بن علي^(٤) أن رسول الله ﷺ بعث عمرو بن أمية الضمري^(٥) إلى النجاشي^(٦) يخطب عليه أم حبيبة بنت أبي سفيان وكانت تحت عبيد الله ابن جحش^(٧) فزوجه إياها^(٨) وأصدقها النجاشي من عنده عن رسول الله ﷺ

(١) المحلى لابن حزم ٣٤/١١ وجاء في ميزان الاعتدال للذهبي ٥٩٤/٢ ابن عمر بن أبي سلمة القرشي المخزومي عن أبيه أن أم سلمة قالت : يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ فهذا لا يعرف ، قال عبد الحق الأزدي : مدار الحديث على ثابت البناني وفيه مقال لجهالته ، وانظر لسان الميزان لابن حجر ٤٩٩/٧ ، وقال الإمام الشوكاني عن هذا الحديث أنه : قد أعل بأن عمر المذكور كان عند زواجه ﷺ بأمه صغيراً ، له من العمر سنتان لأنه ولد في الحبشة في السنة الثانية من الهجرة ، وحينما تزوج ﷺ بأمه كان في السنة الرابعة وقيل ، أما رواية : قم يا غلام فزوج أمك فلا أصل لها . ١ . هـ نيل الأوطار ٢٥٦/٦ .

(٢) سورة الأحزاب آية : ٦ .

(٣) المحلى لابن حزم ٣٤/١١ .

(٤) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي أبو جعفر الباقر ، أمه بنت الحسن بن علي بن أبي طالب ، روى عن أبيه وجدته الحسن والحسين وجد أبيه علي بن أبي طالب مرسل وعم أبيه محمد بن الحنفية وغيرهم ، ثقة كثير الحديث توفي سنة ١١٤ هـ . الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٢٦/٨ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٥٣٥١/٩ .

(٥) هو عمرو بن أمية الضمري : صحابي جليل شجاع ، أسلم حين انصرف المشركون عن أحد ، وأول مشهد شهدته عمرو بئر معونة ، فأسرته بنو عامر يومئذ ، فجز عامر بن الطفيل يومئذ ناصيته وأطلقه ، وبعثه الرسول ﷺ إلى النجاشي في زواج أم حبيبة ، توفي - رضي الله عنه - في خلافة معاوية قبل الستين . أسد الغابة لابن الأثير ٨٦/٤ ، الإصابة لابن حجر ٥٢٤/٢ .

(٦) النجاشي : أصحمة بن أبجر النجاشي ملك الحبشة أسلم في عهد النبي ﷺ وأحسن إلى المسلمين الذين هاجروا إلى أرضه وأخباره معهم ومع كفار قريش الذين طلبوا منه أن يسلم إليهم المسلمين ، مشهورة ، توفي بيلاده قبل فتح مكة وصلى عليه رسول الله ﷺ بالمدينة وكبر عليه أربعاً ، وأصحمة اسمه ، قال ابن حجر وهو بالعربية عطية ، والنجاشي لقب له . أسد الغابة لابن الأثير ٩٩/١ الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ١٠٩/١ .

(٧) عبيد الله بن جحش بن رباب بن يعمر بن صبرة بن مرة بن كثير بن غنم بن داود بن أسد بن خزيمة الأسدي ، أسلم مع أخويه أبو أحمد بن جحش وعبد الله قبل أن يدخل رسول الله ﷺ دار الأرقم يدعو فيها ثم هاجر مع زوجته أم حبيبة إلى أرض الحبشة وتنصر وارتد عن الإسلام وتوفي بالحبشة / الطبقات الكبرى لابن سعد ١٠٢/٤ ، ٩٦/٨ ، الإصابة لابن حجر ٣٠٥/٤ .

(٨) أخرج ابن سعد من طريق إسماعيل بن عمرو بن سعيد بن العاص قال : قالت أم حبيبة : رأيت في النوم عبيد الله بن جحش زوجي بأسوأ صورة ففرغت ، فقلت : تغيرت والله حاله فإذا هو يقول حين أصبح : يا أم حبيبة إني =

أربعمائة دينار^(١) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

أن أم حبيبة - رضي الله عنها - زوجها النجاشي من رسول الله ﷺ وهو ليس بولي لها ، وإنما زوجها النجاشي برضاها وأمرها فلو كان الولي شرطا في صحة النكاح لما صح تزويج النجاشي أم حبيبة من رسول الله ﷺ^(٢) .

الجواب عن الاستدلال بهذا الحديث :

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بأن معنى قوله (فزوجه إياها) أي النجاشي بمعنى تولى أمرها وما تحتاج إليه ، وكان العقد بحضرته ، وأما الذي زوجها فهو خالد ابن سعيد بن أمية^(٣) بعد أن وكلته ، وقيل عثمان بن عفان بن أبي العاص ، وأصدقها النجاشي أربعمائة دينار ، فظهر أن النجاشي لم يزوجهها بمعنى يتولى عقد نكاحها ، وإنما كان النكاح بحضرته^(٤) .

= نظرت في الدين فلم أر دينا خيرا من النصرانية ، وكنت قد دنت بها ثم دخلت في دين محمد ، ثم قد رجعت إلى النصرانية فقلت والله ما خير لك ، وأخبرته بالرؤيا التي رأيت له فلم يحفل بها وأكب على الخمر حتى مات ، فأرى في النوم كأن آتيا يقول : يا أم المؤمنين ففرعت فأولتها أن رسول الله ﷺ يتزوجني ، قالت : فما هو إلا أن انقضت عدتي فما شعرت إلا برسول النجاشي على بابي يستأذن فإذا جارية له يقال لها أبرهة فقالت : إن الملك يقول لك إن رسول الله ﷺ كتب إلي أن أزوجه إياه ، فقالت : بشرك الله بخير ، قالت : يقول لك الملك وكل من يزوجه ، فأرسلت إلى خالد بن سعيد بن العاص ، فوكلته وأعطيت أبرهة سوارين من فضة ، فلما كان العشي أمر النجاشي جعفر بن أبي طالب ومن هناك من المسلمين ، فحضرُوا فخطب النجاشي فحمد الله وأثنى عليه وتشهد ثم قال : أما بعد فإن رسول الله ﷺ كتب إلي أن أزوجه أم حبيبة ، فأجبت إلى ما دعا إليه رسول الله ﷺ ، وقد أصدقها أربعمائة دينار ، ثم سكب الدنانير بين يدي القوم ، فتكلم خالد بن سعيد وحمد الله وأثنى عليه وتشهد وقال : قد أجبت إلى ما دعا إليه رسول الله ﷺ وزوجته أم حبيبة بنت أبي سفيان ، فبارك الله رسول الله . الطبقات الكبرى لابن سعد ٩٧/٨ (بتصرف) ، الإصابة لابن حجر ٣٠٥/٤ .

(١) رواه الحاكم في المستدرک ٢٢/٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٣٩/٧ ، وقد ذكر الاستدلال بهذا الحديث ابن حزم في المحلى ٣٣/١١ ، ٣٤ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ٣٤/١١ ، ٣٥ .

(٣) خالد بن سعيد بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي القرشي الأموي يكنى أبا سعيد ، أمه أم خالد بن حباب ، أسلم قديما قالت ، أم خالد بنت خالد بن سعيد ، كان أبي خامسا في الإسلام ، هاجر مع المسلمين إلى الحبشة ومعه امرأته أميمة بنت خالد الخزاعية ، ولما رجع شهد مع النبي ﷺ فتح مكة وحنينا والطائف وتبوك ، وبعثه الرسول ﷺ عاملا على صدقات اليمن فلما توفي رسول الله ﷺ رجع ، واستعمله أبو بكر على جيش من =

الدليل التاسع : من القياس . قاسوا تصرفات المرأة في تزويجها لنفسها على تصرفها في مالها ، وقالوا إذا كان للمرأة ولاية التصرف في مالها ، فأولى أن تكون لها ولاية تزويج نفسها مادام هذا التصرف لا يلحق ضررا بغيرها وهم الأولياء^(١) .

الجواب عن هذا الدليل :

وأجيب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ذلك أن التصرف في الأبضاع أشد خطرا وأعظم قدرا من التصرف في المال ؛ لأن ما يحصل من الضرر في المال يمكن تداركه بسهولة ، وإذا ذهب فإنه خسيس بالنسبة إلى الأبضاع فلا يمكن أن يتعدى ضرره إلى غير صاحبه ، أما التصرف في الأبضاع فإنه لا يمكن تداركه ما حصل بسببه من ضرر بل ويتعدى ضرره إلى الأولياء ، فيلحقهم العار إذا كان الزوج غير كفء ، كما أن تصرف المرأة في عقد زواجها تصاحبه العاطفة والشهوة القوية التي تغطي عقل المرأة عن المصلحة فتلقي بنفسها - لأجل هواها - فيما يريدها في دنياها وأخراها بخلاف تصرفها في المال فإن ذلك لا يكون مصحوبا بالشهوة والعاطفة ؛ لذلك لا ضرر من تصرفها فيه^(٢) .

دليل القول الثالث :

استدل القائلون بأن عقد المرأة الزواج لنفسها - إذا كان الزوج كفؤا - صحيح ، وإذا لم يكن كفؤا غير صحيح بما يأتي :

أ - أما من حيث مشروعية عقد المرأة الزواج لنفسها فإنهم يستدلون بما سبق أن ذكرناه من الأدلة في القول الثاني .

ب - وأما بالنسبة لتفريقهم بين نكاح الكفاء وغير الكفاء فقد عللوا لذلك بأن الشارع إنما جعل للأولياء تولي عقد النكاح لئلا تتزوج المرأة بمن لا يكافؤها بالصهرية فيلحق العار الأولياء وهذا المعنى يبطل بتزوجها من الكفاء ، يدل لذلك أنها لو وجدت

= جيوش المسلمين حين بعثهم إلى الشام فقتل بمرج الصفر سنة أربع عشرة في صدر خلافة عمر . أسد الغابة لابن الأثير ٩٢/٢ ، الإصابة لابن حجر ٥٣٩/٢ .

(٤) انظر المحلى لابن حزم ٣٤/١١ - ٣٥ ، وأسد الغابة لابن الأثير ٥٧٣/٥ .

(١) انظر البدائع للكاساني ٢٤٨/٢ ، والمبسوط للسرخسي ١١/٥ - ١٢ ، والاختيار لتعليق المختار للموصلي ٩١/٣ .

(٢) انظر الفروق للقرافي ١٣٦/٣ .

كفؤا وطلبت من الولي الإنكاح منه لا يحل له الامتناع ، ولو امتنع يصير عاضلا ، فإذا ما عقدت لنفسها كان ذلك بمنزلة عقده بنفسه^(١) .

الجواب عن هذا الدليل :

ويمكن أن يجاب عما عللوا به من أن الشارع إنما جعل للأولياء تولي عقد النكاح لئلا تتزوج المرأة بمن لا يكافؤها بأنه غير مسلم ؛ لأن الأدلة الصحيحة الدالة على عدم صحة تولي المرأة عقد النكاح لم تفرق بين نكاح الكفء وغير الكفء ، وإنما ورد المنع عاما ، ولا دليل على ما ذكر من التفريق .

وأما قولهم : إن المرأة إذا وجدت كفؤا وطلبت من الولي أن يعقد لا يحل له الامتناع وإذا امتنع يصير عاضلا فنسلم ، لكن لا نسلم أن المرأة تعقد حينئذ لنفسها وإنما ترفع الأمر إلى القاضي فيأمره أن يعقد ، وإذا امتنع عقد القاضي ؛ لأن له ولاية عامة .

دليل القول الرابع :

استدل الظاهرية لما ذهبوا إليه من التفريق بين البكر والثيب ، وأن البكر إذا زوجت نفسها بطل ، بخلاف الثيب بقوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يستأذنها أبوها »^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال إن هذا الحديث قد دل على أن الثيب أحق بنفسها من وليها ، والأحقية المذكورة في الحديث عامة تشمل اختيار الزوج وتولي عقد النكاح بخلاف البكر فإن الحديث يدل على ثبوت ولاية الأب عليها بإذنها فليس لها أن تزوج نفسها .

(١) جاء في البدائع للكاساني ٢٤٧/٢ ، وجه ما روي عن أبي يوسف أنها إذا زوجت نفسها من كفء ينفذ ؛ لأن حق الأولياء في النكاح من حيث صيانتهم عما يوجب لحوق العار والشين بهم بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية إليهم ، وقد بطل هذا المعنى بالتزويج من كفء يحققه أنها لو وجدت كفؤا وطلبت من الولي الإنكاح منه لا يحل له الامتناع ، ولو امتنع يصير عاضلا فصار عقدها والحالة هذه بمنزلة عقده بنفسه . أ . هـ . وانظر المبسوط للسرخسي ١١/٥ .

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١٠٣٧/٢ رقم الحديث ٦٧ من كتاب النكاح وقد مضى حديث مفيد لمعنى هذا الحديث في ص ٣٨١ - ٣٨٢ من هذا البحث .

الجواب عن هذا الدليل :

وقد أجاب ابن حزم عن استدلال الظاهرية بهذا الحديث فقال : هذا الحديث لو لم يأت غيره لكان كما قال أبو سليمان ، لكن قوله ﷺ : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل »^(١) عموم لكل امرأة بكرا أو ثيبا^(٢) ، فظهر أن الثيب كال بكر في حكم الولاية ، وإنما المراد من قوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » أي أنه لا ينفذ عليها أمره بغير إذننها ولا تنكح إلا من شاءت ، فلا يدل الحديث على أن لها أن تزوج نفسها .

دليل القول الخامس :

استدل بعض المالكية القائلين بأن تزويج المرأة الدنيئة نفسها يصح وتزويج غير الدنيئة نفسها لا يصح بدليل عقلي مفاده ، أن تزويج غير الولي الشريفة أو تزويجها لنفسها يلحق بها العار فرجما تتزوج غير كفء ، والعار لا يقتصر عليها بل يعود على أوليائها ، بخلاف الدنيئة فإنه لدناءتها وعدم الالتفات إليها لا يلحقها بذلك معرفة^(٣) .

الجواب عن هذا الدليل :

ويمكن أن يجاب عن هذا الدليل فيقال : إن التفريق بين الدنيئة وغير الدنيئة تفريق بدون دليل ؛ لأن أحاديث المنع من تزويج المرأة نفسها عامة ، ولو كانت الدنيئة يجوز تزويجها نفسها لبيّن الرسول ﷺ ذلك إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .

دليل القول السادس :

استدل القائلون بأن المرأة إذا عقدت الزواج لنفسها بإذن وليها صح ، وإذا لم يأذن لها لا يصح بما روته عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ... » الحديث^(٤) .

(١) سبق تخريج هذا الحديث ص ٣٦٩ من هذا البحث .

(٢) المحلى لابن حزم ٣٣/١١ .

(٣) انظر الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٣٦١/٢ ، والمبسوط للسرخسي ١١/٥ - ١٢ .

(٤) سبق تخريج هذا الحديث انظر ص ٣٦٩ وانظر البدائع للكاساني ٤٤٧/٢ ، والمغني لابن قدامة ٤٥٠/٦ .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بأن يقال إن منطوق هذا الحديث قد أفاد بطلان نكاح المرأة التي عقدت الزواج لنفسها بدون إذن وليها ، ومفهومه أنها إذا عقدت الزواج لنفسها بإذنه أنه يصح عقدها .

الجواب عن هذا الدليل :

ويمكن أن يجاب عن هذا الدليل فيقال : إن الحديث قد روي بلفظ : « أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل ... » الحديث^(١) وليس فيه ذكر للإذن ، وبطلان عقد المرأة الزواج لنفسها يدل عليه منطوق هذا الحديث وأحاديث أخرى منها قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي »^(٢) ، وإذا حصلت المعارضة بين المفهوم والمنطوق فإن المفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق فيقدم المنطوق .

أدلة القول السابع :

استدل القائلون بأن المرأة إذا عقدت الزواج لنفسها يتوقف على إجازة الولي بما يلي :

الدليل الأول : قوله ﷺ : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ... » الحديث^(٣) .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن مفهوم هذا الحديث يدل على أن المرأة إذا زوجت نفسها بإذن وليها صح زواجها ، وإذن الولي شامل لإذنه قبل العقد ولموافقته اللاحقة بعد أن عقدت من غير أن تحصل على إذنه .

الجواب عن هذا الاستدلال :

سبق أن ذكرنا أن مفهوم هذا الحديث لا يقوى على معارضة المنطوق والأحاديث الصريحة التي تدل على عدم جواز عقد المرأة لنفسها .

(١) انظر ص ٣٦٩ من هذا البحث .

(٢) انظر ص ٣٧٣ من هذا البحث .

(٣) ورد الاستدلال بهذا الحديث في كتاب البدائع للكاساني ٢٤٧/٢ ، والاختيار لتعليل المختار ٩١/٣ وقد سبق تخريج هذا الحديث ص ٣٦٩ .

الدليل الثاني : قياس عقد المرأة البالغة العاقلة على عقد الصغيرة التي تعقل فكما أن عقد الصغيرة يتوقف على إجازة الولي ، فكذلك عقد الكبيرة العاقلة جاء في المبسوط « قال محمد - رحمه الله - : إن عقدها يتوقف على إجازة الولي كما أن عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على إجازة الولي »^(١) .

الجواب عن هذا الدليل :

ويمكن أن يجاب عن هذا الدليل فيقال إننا لا نسلم بأن عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على إجازة الولي بل هو باطل ، لأن الأدلة على عدم جواز تولي المرأة النكاح لنفسها عامة ، وإذا بطل عقد المرأة البالغة لنفسها فمن باب أولى بطلان عقد الصغيرة .

الرأي المختار :

والذي اختاره بعد عرض أدلة الفقهاء في هذه المسألة ومناقشتها هو القول الأول الذي أخذ به جمهور الفقهاء ، من أن المرأة إذا عقدت لنفسها من غير ولي يباشر العقد أنه يبطل عقدها لقوة أدلتهم ، وصراحتها في الدلالة وسلامتها من المناقشة بخلاف أدلة المخالفين فإنها غير صريحة ، ولم تسلم من المناقشة . كما أن القول باشتراط الولي في عقد المرأة هو المتفق مع ما جعل الله للرجل من القوامة على المرأة قال تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(٢) . ولفظ الرجال يعم الأزواج وغيرهم من الأولياء ممن تعيش المرأة في كنفه وتحت حمايته ؛ وذلك لأن الرجل كامل العقل ، يدرك عواقب الأمور ، بخلاف المرأة فإنها ناقصة عقل وغير مأمونة على بضعها فلا تتصرف على وجه المصلحة ، لاسيما عند الرغبة في الأزواج وعند إغرائها بالمال ، لذلك لا يحق لها أن تتولى عقد الزواج وإذا فعلت كان عقدها باطلا .

(١) ١١/٥ .

(٢) سورة النساء آية : ٣٤ .

المبحث الثاني : تزويج الولي المرأة البالغة العاقلة بغير رضاها

اختلف العلماء فيما إذا زوج الولي المرأة البالغة العاقلة بغير رضاها وسنفصل آراء العلماء في ذلك في كل مذهب على حدة .

المذهب الحنفي : يرى علماء الحنفية أن المرأة البالغة العاقلة سواء كانت ثيباً أو بكراً لا يملك وليها إجبارها على الزواج بغير رضاها ، فالرضا عندهم شرط لجواز العقد ، فإذا ما عقد الولي بغير رضا المرأة البالغة العاقلة توقف التزويج على رضاها ، فإن رضيت جاز ، وإن ردت بطل ، جاء في بدائع الصنائع « الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا ، وقال الشافعي يملكانه ، ولا خلاف في أنهما لا يملكان إنكاح الثيب البالغة بغير رضاها ... وإذا كان الرضا في نكاح البالغة شرط الجواز ، فإذا زوجت بغير إذنها توقف التزويج على رضاها ، فإن رضيت جاز ، وإن ردت بطل »^(١) .

المذهب المالكي : يرى علماء المالكية أن المرأة البالغة العاقلة إذا كانت ثيباً لا يملك الأب إجبارها على النكاح ، وأما إذا كانت بكراً فله إجبارها ، ولو كانت عانساً^(٢) ، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية ، وخالف ابن وهب^(٣) فقال إن العانس لا يملك الأب إجبارها .

واستثنى علماء المالكية في المشهور عندهم - ثلاث حالات لا يملك الأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج فيها .

الحالة الأولى : أن يجعل الأب ابنته البكر البالغة رشيدة ، أو أن يطلق الحجر عنها لحسن تصرفها فلا يملك - والحالة هذه - إجبارها .

(١) ٢٤١/٢ ، ٢٤٢ « بتصرف » وانظر مختصر الطحاوي ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، والهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ١٩٦/١ ، وفتح القدير لابن الهمام ٣٩٢/٢ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١١٨/٢ ، والاختيار لتعليق المختار للموصللي ٩٢/٣ ، والدر المختار للحصكفي ٢٥٢/١ .

(٢) العانسة : هي المرأة البكر البالغة التي مكثت مدة طويلة بدون زواج ، انظر : أساس البلاغة للزمخشري ١٤٤/٢ ، والنهاية في غريب الحديث ، والأثر لابن الأثير ٣٠٨/٣ .

(٣) ابن وهب : هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي بالولاء المصري المالكي ، أبو محمد فقيه مفسر محدث مقريء صاحب مالك عشرين سنة وصنف الموطأ الكبير والصغير وحدث بمائة ألف حديث ، وكان مالك يكتب إليه في المسائل ولم يفعل هذا لغيره ، قال أحمد بن حنبل : ابن وهب عالم صالح فقيه كثير العلم صحيح الحديث ثقة صدوق ، توفي سنة ١٩٧ هـ الدياج المذهب لابن فرحون ص ١٣٢ - ١٣٣ ، شذرات الذهب لابن العماد ٣٤٧/١ .

الحالة الثانية : أن تقيم المرأة البكر البالغة مع زوجها سنة من يوم الدخول ، ثم تنكر بعد فراقها أنه وطئها ، فلا يجبرها الأب تنزيلا لإقامتها مدة هذه السنة منزلة الثوبة .

الحالة الثالثة : أن يزوجها بمن تتضرر به كالخصي ، والمجنون ، والمصاب بالبرص أو الجذام ، أو العنين ، أو المجبوب فلا يجبرها على إنكاحه على الأصح .

جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل : « الأب له جبر ابنته البكر البالغة غير العانسة ، بل ولو كانت عانسا على المشهور ، وقيل ليس له جبرها كما عند ابن وهب ؛ لأنها لما عنست صارت كالثيب ، وما مر من أن الأب له أن يجبر ابنته البكر مقيد بعدم الضرر على الأصح ، فلا يلزمها في الخصي ... وفي العنين وفي المجبوب ... والمشهور أن البكر إذا رشدتها أبوها لا جبر له عليها بعد ذلك ولا لغيرها ، وصار حكمها حكم الثيب البالغة وانقطع حجره عنها فلا بد من نطقها ... والمشهور أن البكر إذا أقامت بيتها عند زوجها سنة من بلوغها ثم فارقها قبل المسيس أنه لا جبر لأبيها عليها ؛ لأن إقامة السنة توجب تكميل الصداق على الزوج بمنزلة الوطاء ، ومفهوم قوله « وأنكرت المسيس » سواء أصدقها الزوج أو كذبها ^(١) .

وأما غير الأب فإنه لا يملك الإجبار عند المالكية إلا الوصي بشرطين :

الأول : أن يعين الأب لو صيه الزوج مثل أن يقول له زوجها من فلان .

الثاني : أن يأمر الأب وصيه بالإنكاح في تزويج أولاده - على القول الراجح - مثل أن يقول له زوجها أو أنكحها ونحوه ، وفي قول آخر مرجوح عندهم أن يأمر الأب بالجبر

(١) ١٧٦/٣ وجاء في الشرح الكبير للدردير ٢٠٦/٢ « وجبر البكر ولو عانسا بلغت ستين سنة أو أكثر إلا لذي عاهة كخصي ... فلا يجبرها على الأصح ولا يجبر بكرا رشدت إن بلغت ولو رشدتها قبله بأن قال لها رشدتك أو أطلقت يدك أو رفعت الحجر عنك أو نحو ذلك أو أقامت المرأة بيتها الذي دخلت فيه مع زوجها سنة من يوم الدخول ، وأنكرت بعد فراقها الوطاء فلا جبر له عليها تنزيلا لإقامتها السنة منزلة الثوبة ، قال الدسوقي في قوله « ولو عانسا » أي ولو طالت إقامتها عند أبيها وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج ، وما ذكره من جبر البكر ولو عانسا هو المشهور خلافا لابن وهب حيث قال : « للأب جبر البكر ما لم تكن عانسا لأنها لما عنست صارت كالثيب ، ومنشأ الخلاف هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة ، أو الجهل بمصالح النساء وهي مفقودة » .

انظر : الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ١٠٥/٣ ، وحاشية الصاوي عليه ، والإشراف على مسائل الخلاف ٩٠/٢ ، والتاج والإكليل للمواق ٤٢٧/٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ٤٢٧/٣ ، والبهجة في شرح التحفة ٢٥٧/١ ، ٢٥٨ ، وحلي المعاصم للتاودي ٢٥٧/١ ، وكفاية الطالب الرباني ٨٥/٢ ، ٨٦ ، وأسهل المدارك للكششاري ٧٠/٢ .

مثل أن يقول له أجبرها وما في معناه ، جاء في كفاية الطالب الرباني « الوصي ووصيه ينزل منزلة الأب في الإجبار بشرطين على سبيل البدل ، أحدهما : أن يعين له الزوج ، والآخر أن يأمره ، الأب بالإنكاح »^(١) قال الشيخ العدوي في الشرط الثاني : « هذا على أحد القولين الذي هو الراجح - وقال - لو وافق خليلا لقال أن يأمره الأب بالإجبار »^(٢) .

وجاء في الكفاية أيضا ، « إنه لا بد من اجتماع الشرطين المذكورين ، وقد رد العدوي ذلك ، بأنه ضعيف إذ يكفي أحد الشرطين - وقال : « الحاصل أن الوصي يجبر باتفاق إذا أمره الأب بالإجبار أو عين الزوج »^(٣) .

وأما غير الأب والوصي فليس لهم ولاية الإجبار ، جاء في التاج والإكلیل « ليس للأوصياء إذا لم يجعل لهم الإجبار ولا للأولياء أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ والاستئذان »^(٤) .

المذهب الشافعي :

يري الشافعية أن تزويج الأب المرأة البالغة بغير إذنها إذا كانت ثيبا لا يجوز ، وإن كانت بكرا يصح ، جاء في منهاج الطالبين « للأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها ، ويستحب استئذانها ، وليس له تزويج ثيب إلا بإذنها »^(٥) .

لكن علماء الشافعية اشترطوا لجواز إجبار الأب ابنته البكر البالغة بغير إذنها عدة شروط ، منها ما يعتبر شرطا لصحة النكاح ، ومنها ما يعتبر شرطا لجواز الإقدام عليه .

النوع الأول من الشروط : ما يعتبر لصحة النكاح بغير إذنها .

١ - ألا يكون بين الأب وابنته عداوة ظاهرة بآلا تخفي على أهل محلها .

(١) ٣٨/٢ .

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٣٨/٢ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) ٤٢٨/٣ .

(٥) ١٤٩/٣ ، وانظر شرح روض الطالب لذكريا الأنصاري ١٢٧/٣ ، وحاشية الرملي عليه ، وشرح البهجة لذكريا

الأنصاري ١١٠/٤ - ١١١ ، ونهاية المحتاج للرملي ٢٢٤/٦ ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٣٩/٣ .

٢ - ألا يكون بينها وبين الزوج عداوة مطلقا ، سواء كانت ظاهرة أم غير ظاهرة^(١) .

٣ - أن يكون الزوج كفؤا .

٤ - ألا يكون الزوج معسرا بحال الصداق .

النوع الثاني من الشروط : ما يعتبر لجواز الإقدام عليه بغير إذنها .

١ - أن يزوجه بمهر مثلها .

٢ - أن يكون من نقد البلد الذي تقيم فيه .

٣ - أن يكون المهر حالا أي غير مؤجل .

٤ - ألا يزوجه بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم .

٥ - ألا يكون قد وجب عليها الحج فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ، ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها^(٢) . قاله ابن العماد^(٣) وحكم الجدة ، حكم الأب في الإيجابار عند الشافعية ، وأما غيرها فليس له ولاية الإيجابار ، جاء في المذهب « ويجوز للأب والجدة تزويج البكر من غير رضاها صغيرة أو كبيرة ... ولا يجوز لغير الأب والجدة تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن »^(٤) .

المذهب الحنبلي : يرى الحنابلة أن تزويج الأب المرأة البالغة بغير إذنها إذا كانت ثيبا

(١) هذا الشرط قال به ولي الدين العراقي ، ذكر ذلك الشيخ زكريا الأنصاري في كتابه « شرح روض الطالب » ١٢٧/٣ ، وقال : « قد يقال لا حاجة إلى ما قاله (أي ولي الدين العراقي) لأن انتفاء العداوة بينها وبين الولي يقتضي ألا يزوجه إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها ، أما مجرد كراهتها له فلا يؤثر لكن يكره لوليها أن يزوجه منها » .

(٢) مغني المحتاج للشربيني ١٤٩/٣ وانظر شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ١٢٧/٣ ، وحاشية الرمل عليه (مطبوع مع شرح الروض) وشرح البهجة لزكريا الأنصاري ١١٠/٤ ، ١١١ . وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٣٩/٣ .

(٣) ابن العماد : هو أحمد بن عماد بن محمد بن يوسف الأقفهي (بفتح الهمزة وسكون القاف وفتح الفاء وسكون الهاء) . يعرف بابن العماد أحد أئمة فقهاء الشافعية ولد قبل ٧٥٠ هـ واشتغل بالفقه والعربية وصنف التصانيف المفيدة نظما ونثرا منها : « أحكام المساجد » و « أحكام النكاح » و « حوادث الهجرة » ، وكتاب التبيان فيما يحل ويحرم من الحيوان والقول التام في أحكام المأموم والإمام ، وشرح المنهاج في عدة شروح توفي سنة ٨٠٨ هـ . شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٧٣/٧ ، البدر الطالع للشوكاني ٩٣/١ .

(٤) ٣٨/٢ .

لا يجوز ، جاء في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف « الثيب البالغة العاقلة ليس له - أي الأب - إجبارها بلا نزاع »^(١) .

وإن كانت بكرا ففي مذهب الحنابلة روايتان :

إحدهما : إجبارها على النكاح^(٢) .

والثانية : ليس له ذلك .

جاء في المغني ، « أما البكر العاقلة فعن أحمد روايتان أحدهما له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة ... والثانية ليس له ذلك ، اختارها أبو بكر »^(٣) .

لكن ما الحكم إذا أقدم الأب على تزويج ابنته البالغة العاقلة بغير رضاها سواء أكانت ثيبا أم بكرا ، وقلنا ليس له إجبارها وأن رضاها معتبر كما سبق في الرواية الثانية . في مذهب الحنابلة روايتان :

الأولى : أن عقده باطل .

والثانية : أن عقده موقوف على إجازتها فإن أجازته جاز ، وإن ردته بطل .

جاء في المغني « الحكم إذا زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها ... فالنكاح باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع ، وهو قول الشافعي وأبي ثور ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الإجازة » وجاء في موضع آخر « إذا زوجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها وقلنا يقف على إجازتها فأجازتها بالنطق ، أو ما يدل على الرضا بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب »^(٤) .

(١) ٥٧/٨ وانظر : المغني لابن قدامة ٤٩٢/٦ ، والكافي لابن قدامة ٢٧/٣ ، والمقنع لابن قدامة (مع حاشيته المنقولة بخط الشيخ سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب) ١٦/٣ ، والفروع لابن مفلح ٢٤/٧ مع تصحيحه للمراذبي ، والمبدع ٢٢/٧ ، ٢٣ ، والإقناع للحجاوي ٧١/٣ - ٧٢ ، ومطالب أولي النهى الرحيباني ٧١/٣ ، ٧٢ .

(٢) ذكر ابن مفلح في كتابه المبدع في شرح المقنع ٢٣/٧ أن بعض العلماء اشترط لإجبار الأب البكر البالغة العاقلة شروط وهي « أن يزوجه من كفاء ، بمهر المثل ، وألا يكون الزوج معسرا ، وألا يكون بينها وبين الأب عداوة ظاهرة ، وأن يزوجها بنقد البلد » . أ . ه .

ولعل ابن مفلح رحمه الله يشير بذلك إلى ما اشترطه علماء الشافعية وقد سبق الكلام عليه مفصلا .

(٣) ٤٨٧/٦ .

(٤) ٤٧٣/٦ ، ٤٧٦ (بتصرف) وانظر مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٣٢ ، ٤٢ ، وزاد المعاد لابن القيم ٣/٤ .

ويرى الحنابلة أن وصي الأب إذا نص له على التزويج كالأب فله الإيجاب ، وأما غيرهما فلا يملك الإيجاب . جاء في الكافي لابن قدامة : « وصي الأب إذا نص له على التزويج كالأب لأنه قائم مقامه ، فأما غيرهما فلا يملك تزويج كبيرة إلا بإذنها جدا كان أو غيره لأنه قاصر عن الأب فلم يملك الإيجاب »^(١) .

وفي رواية أخرى عند الحنابلة أن الجد يجبر كالأب جاء في الإنصاف « الجد ليس له الإيجاب ، هذا المذهب ، وذكر في الواضح^(٢) رواية أن الجد يجبر كالأب »^(٣) .

رأي الحسن البصري وإبراهيم النخعي :

يرى الحسن البصري وإبراهيم النخعي أن للأب أن يزوج ابنته البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا بغير إذنها وإن كرهتا ، جاء في المحلى « وقال الحسن البصري وإبراهيم النخعي : إنكاح الأب ابنته الصغيرة والكبيرة والبكر - وإن كرهتا - جائز عليهما »^(٤) .

فتلخص مما سبق أن ذكرناه أن للعلماء في تزويج الولي المرأة البالغة العاقلة بغير رضاها ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن المرأة البالغة العاقلة لا يملك وليها إجبارها على النكاح سواء كانت بكرا أو ثيبا ، وإذا ما عقد وليها العقد بغير رضاها فإنه يكون موقوفا على إجازتها فإن أجازته جاز وإن رده بطل ، وبهذا قال الحنفية والحنابلة في رواية عندهم .

القول الثاني : فيه تفصيل وهو أن المرأة البالغة العاقلة إن كانت ثيبا لا يملك وليها إجبارها من دون إذنها ، وإن كانت بكرا فإن الأب يملك إجبارها وتزويجها سواء رضيت

(١) ٦٥١/٢ وجاء في المغني لابن قدامة ٤٨٩/٦ « ليس لغیر الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جدا كان أو غيره » . وجاء في كشف القناع ٥٨/٥ « وصي كل واحد من الأولياء في النكاح بمنزله لقيامه مقامه فتستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نص له على التزويج فيجبر وصي الأب من يجبره الأب من ذكر وأنثى لقيامه مقام الأب » . وانظر المحرر لأبي البركات ابن تيمية ١٦/٢ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢١/٣ .

(٢) المراد به الواضح في شرح مختصر الخرقى لنور الدين عبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن علي بن عثمان البصري الفقيه ، الضرير أبي طالب توفي ليلة عيد الفطر سنة ٦٨٤ هـ ، ذيل طبقات الحنابلة ٣١٣/٢ .

(٣) ٥٧/٨ .

(٤) ٣٦/١١ وانظر مصنف ابن أبي شيبة ١٣٦/٤ ، وبداية المجتهد لابن رشد ٥/٢ ، ٦ ، والمغني لابن قدامة ٤٧٤/٦ .

أو لم ترض ، وبهذا قال المالكية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم .
القول الثالث : أنه يجوز للأب تزويج البكر والثيب البالغتين بغير إذنهما وينفذ تزويجه وإن كرهتا . وهو قول الحسن البصري وإبراهيم النخعي .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأنه لا يجوز تزويج المرأة البالغة العاقلة بغير إذنهما وإذا زوجها وليها فإن عقده يكون موقوفا على إذنهما بما يلي :

الدليل الأول : عن عبد الله بن بريدة^(١) قال : جاءت فتاة إلى عائشة فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته^(٢) ، وإني كرهت ذلك . قالت : اقعدي حتى يجيء رسول الله ﷺ فاذا ذكر لي ذلك له ، فجاء رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فأرسل إلى أبيها فجاء أبوها ، وجعل الأمر إليها فلما رأت الأمر جعل إليها ، قالت : إني قد أجزت ما صنع أبي ، إني أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء أم لا ؟... وفي رواية قالت : يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي إني أردت أن أعلم أللنساء من الأمر شيء أم لا ؟^(٣)

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إنه قد ورد في هذا الحديث أنه ليس مراد هذه الفتاة إلا إعلام النساء أنه ليس للآباء من الأمر شيء ، ولفظ النساء عام يشمل

(١) عبد الله بن بريدة بن الحصيب الأسلمي أبو سهل المروزي قاضي مرو ، روى عن أبيه وابن عباس وعمران بن حصين وعائشة وغيرهم وروى عنه مالك بن مغول ، وحسين بن واقد وأبو هلال . وهو ثقة عند المحدثين وعاش مائة ، توفي سنة ١١٥ هـ . الكاشف للذهبي ٧٤/٢ ، وتهذيب التهذيب ١٥٧/٥ رقم الترجمة ٢٧٠ .

(٢) قولها : ليرفع بي : أي ليزيل عنه بآنكاحي إياه ، وخسيسته : دناءته أي أنه خسيس فأراد أن يجعله بي عزيز ، والخسيس الدنيء ، والخسة والخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس يقال : رفع خسيسته إذا فعل بها فعلا يكون به رفعته انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣١/٢ ، وحاشية السندي على النسائي ٨٧/٦ .

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده ١٣٦/٦ ، وابن أبي شيبة في مصنفه ١٣٦/٤ ، والنسائي في سننه ٨٦/٦ ، والدارقطني في سننه ٢٣٢/٣ ، رقم الحديث ٤٦ ، ٤٧ من كتاب النكاح ، وابن ماجه في سننه ٦٠٢/١ رقم الحديث ١٨٧٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٨/٧ .

الثيب والبكر ، وقد قالت ذلك عند رسول الله ﷺ فأقرها عليه ولم ينكره ، والمراد بنفي الأمر عن الآباء نفي التزويج جبرا على المرأة لأن سياق الكلام في ذلك ، وأما دليل توقف عقد أبيها على إجازتها فيؤخذ من عدم إبطال الرسول ﷺ عقد أبيها عليها حيث جعله موقوفا على إذنها وقد أجازته ونفذ من دون حاجة إلى تجديد .

الاعتراض على الاستدلال بهذا الحديث :

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ أثبت لها الخيار لأنها زوجت من غير كفاء بدليل قولها (ليرفع بي خسيسته) وهذا يثبت لها الخيار ولا يبطل النكاح^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عما ذكر بأن جعل الأمر إليها لم يكن لعدم الكفاءة كما يفيد قولها (ليرفع بي خسيسته) فإن أباه قد زوجها بابن أخيه وهو كفاء لها ، وإنما جعل الأمر إليها لعدم الرضا منها ، ولهذا نفذ العقد بإجازتها^(٢) .

الدليل الثاني : عن خنساء بنت خدام الأنصارية^(٣) أن أباه زوجها وهي ثيب^(٤) فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها^(٥) .

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٤/٦ .

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٢٧٤/٢ .

(٣) خنساء بنت خدام الأنصارية من بني عمرو بن عوف ، زوجة أبي لبابة بن عبد المنذر روى عنها ابنها السائب ابن أبي لبابة ، وعبد الرحمن ومجمع ابن يزيد بن جارية وعبد الله بن يزيد بن وديعة بن خدام . انظر في ترجمتها : أسد الغابة لابن الأثير ١٤٠/٥ ، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٢٨٦/٤ ، ٢٨٧ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٤١٣/١٢ .

(٤) اختلفت الرواية في حال خنساء عند تزويجها ف قيل : إنها كانت ثيبا - روى ذلك الإمام مالك في الموطأ ٥٣٥/٢ وقيل : إنها كانت بكرا من رواية الثوري ، انظر أسد الغابة لابن الأثير ٤٤١/٥ ، وفتح الباري لابن حجر ١٩٤/٤ . قال ابن حجر : والأول أرجح فقد روى عبد الرزاق في مصنفه ١٤٨/٦ أن رجلا من الأنصار يقال له أنيس بن قتادة زوج ابنة خدام فقتل عنها يوم أحد فأنكحها أبوها رجلا ، فجاءت النبي ﷺ فقالت : إن أبي أنكحني رجلا وإن عم ولدي أحب إلي منه فجعل النبي ﷺ أمرها إليها .

(٥) الحديث صحيح رواه مالك في الموطأ ٥٣٥/٢ ، والشافعي في الأم ١٥/٥ وسعيد بن منصور في سننه ٤١٤/١ ، ٤٤٢ رقم الحديث ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، وأحمد في مسنده ٣٢٨/٦ ، والبخاري في صحيحه ، انظر فتح الباري ١٩٤/٩ رقم الحديث ٥١٣٨ ، وأبو داود في سننه ٥٧٩/٢ رقم الحديث ٢١٠١ تحقيق الدعاس ، والنسائي في سننه =

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

وجه الاستدلال أن قوله في الحديث (فرد نكاحها) يدل على أن العقد الذي قد كان يسمى نكاحا ، وأنها لو رضيت به لم يحتج إلى تجديد^(١) ، وذلك يفيد مشروعية توقف عقد المجبرة على رضاها .

الدليل الثالث : عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن جارية بكترا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي ﷺ^(٢) .

توجيه الاستدلال :

وجه الاستدلال أن قوله في الحديث « فخيرها النبي ﷺ » يدل على أن عقد نكاح البكر إذا زوجها أبوها وهي كارهة يكون موقوفا على إذنها ولا ينفذ إذ لو كان نافذا أو باطلا من الأصل لما كان لها خيار^(٣) .

الاعتراض الأول على الاستدلال بهذا الدليل :

اعترض على هذا الحديث بأن الثابت أنه مرسل فقد رواه الناس عن عكرمة^(٤) كذلك ، ولم يذكروا ابن عباس ، قال البيهقي : أخطأ فيه جرير بن حازم^(٥) على أيوب

= ٨٦/٦ ، والدارمي ١٣٩/٢ ، وابن ماجه ٦٠٢/١ ، والبيهقي ١١٩/٧ . وقد ورد الاستدلال بهذا الحديث في السيل الجرار للشوكاني ٢٧٣/٢ .

(١) السيل الجرار للشوكاني ٢٧٣/٢ .

(٢) رواه أبو داود في سننه ٥٧٦/٢ رقم الحديث ٢٠٩٦ (تحقيق الدعاس) وابن ماجه في سننه ٦٠٣/١ رقم الحديث ١٨٧٥ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) والبيهقي في السنن الكبرى ١١٧/٧ . وقد ورد الاستدلال بهذا الحديث في السيل الجرار ٢٧٣/٢ .

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٢٧٣/٢ .

(٤) عكرمة البربري مولى ابن عباس أبو عبد الله أحد الأئمة الأعلام ، هو ثقة توفي سنة ١٠٦ وقيل ١٠٧ هـ ، الكاشف للذهبي ٢٧٦/٢ ، وتهذيب التهذيب ٢٦٧/٧ .

(٥) جرير بن حازم : بن عبد الله بن شجاع الأزدي ثم العتكي وقيل الجهضمي أبو النضر البصري ، روى عن الحسن وقتادة وأيوب وطاووس وروى عنه الثوري ويحيى بن سعيد بن القطان ، وأبو نعيم وسليمان بن حرب ، قال أبو حاتم صدوق وقال ابن عدي : قد حدث عنه أيوب السخيتاني والليث بن سعد وله أحاديث كثيرة عن مشايخه وهو مستقيم الحديث صالح فيه إلا روايته عن قتادة فإنه يروي عنه أشياء لا يروها عنه غيره توفي سنة ١٧٠ هـ . تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي ١٨٧/١ ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٥٠٤/٢ رقم الترجمة ٢٠٧٩ ، والكاشف للذهبي ١٨١/١ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٦٩/٢ ، ٧٢ .

السختياني^(١) ، والمحفوظ عن أيوب عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا ، وقد رواه أبو داود عن محمد بن عبيد^(٢) عن حماد بن زيد^(٣) عن أيوب عن عكرمة مرسلا ، وقد روي من وجه آخر عن عكرمة موصولا ، وهو خطأ^(٤) أ . هـ .

وقال ابن أبي حاتم « سألتُ أبي وسئل أبو زرعة عن حديث رواه حسين المروزي^(٥) عن جرير بن حازم عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلا زوج ابنته وهي كارهة ففرق النبي ﷺ بينهما ، قال أبي : هذا خطأ ، إنما هو كما رواه الثقات عن أيوب عن عكرمة أن النبي ﷺ ... ، مرسل منهم ابن علي ، وحماد بن زيد أن رجلا تزوج ، وهو الصحيح . قلت : الوهم ممن هو ؟ قال : من حسين ينبغي أن يكون ، فإنه لم يرو عن جرير غيره^(٦) أ . هـ .

(١) أيوب السختياني : هو ابن أبي تيممة واسم أبي تيممة كيسان يكنى أبا بكر مولى عترة ويقال مولى جهينة روى عن أنس بن مالك وعن الحسن وعكرمة وروى عنه الثوري وشعبة وحماد بن زيد ، وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ١٣١ هـ وله ثلاث وستون سنة .

الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٢/٢٥٧ رقم الترجمة ٩١٥ ، وتهذيب الكمال للمزي ١/١٣٣ ، والكاشف للذهبي ١/١٤٥ رقم الترجمة ٥١٧ وتهذيب التهذيب لابن حجر ١/٣٩٧ ، ٣٩٨ .

(٢) محمد بن عبيد بن حساب الغبري البصري روى عن حماد بن زيد وجعفر بن سليمان وعبد الواحد بن زياد وأبي عوانة وروى عنه مسلم وأبو داود وأبو زرعة وأبو حاتم وعبد الله بن أحمد ، وجعفر الغرياني ، وهو ثقة عند المحدثين . توفي سنة ٢٣٨ هـ . الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٨/١١ رقم الترجمة ٤١ ، والكاشف للذهبي ٣/٧٤ .

(٣) حماد بن زيد بن درهم الإمام أبو إسماعيل الأزدي الأزرق مولى آل جرير بن حازم كان ضريرا ، وكان يحفظ حديثه كالماء روى عن ثابت وأيوب وغيرهما ، وروى عنه ابن المبارك ووكيع وابن عيينة ومحمد بن عبيد وغيرهم ، قال ابن مهدي : ما رأيت أحدا لم يكن يكتب أحفظ منه ، وما رأيت بالبصرة أفقه منه ولم أر أعلم بالسنة منه ، مات سنة ١٧٩ هـ في رمضان عن إحدى وثمانين سنة . الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٣/١٣٧ رقم الترجمة ٦١٧ ، والكاشف للذهبي ١/٢٥١ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٣/٩ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧/١١٧ .

(٥) حسين المروزي : هو الحسين محمد بن بهرام المروزي أبو أحمد التميمي المؤدب ، سكن بغداد ، روى عن إسرائيل ابن يونس ، وجرير بن حازم ، وشريك النخعي وشيبان بن عبد الرحمن وروى عنه أحمد بن حنبل وابن معين وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وآخرون ، وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ٢١٣ هـ . الكاشف للذهبي ١/٢٣٤ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٢/٣٦٦ ، ٣٦٧ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٦١ رقم الترجمة ٣٥٦ .

(٦) العلل ١/٤١٧ .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض فيقال : إن الحديث قد ثبت مرفوعا إلى ابن عباس - رضي الله عنهما - من طريق حسين بن محمد المروزي ، حدثنا جرير بن حازم ، عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما -^(١) ، وحسين أحد الثقات المخرج لهم في الصحيحين .

قال ابن القيم رحمه الله : « وعلى طريقة البيهقي وأكثر الفقهاء ، وجميع أهل الأصول هذا حديث صحيح ، لأن جرير بن حازم ثقة ثبت وقد وصله ، وهم يقولون : زيادة الثقة مقبولة ، فما بالها تقبل في موضع بل في أكثر المواضع التي توافق مذهب المقلد ، وترد في موضع تخالف مذهبه ؟! وقد قبلوا زيادة الثقة في أكثر من مائتين من الأحاديث رفعا ووصلا ، وزيادة لفظ ونحوه ، هذا لو انفرد به جرير ، فكيف وقد تابعه على رفعه عن أيوب : زيد بن حبان ذكره ابن ماجه في سننه^(٢) » أ.هـ .

وقال ابن حجر رحمه الله عن هذا الحديث : « الطعن في هذا الحديث لا معنى له ، فإن طريقه يقوي بعضها بعضا »^(٣) ولو سلمنا بأن الحديث مرسل فإن ذلك لا يضر لأمرين :

الأمر الأول : أن المرسل الصحيح حجة عند غير الشافعية^(٤) .

الأمر الثاني : أنه حجة عند الشافعية^(٥) لأن سليمان بن حرب قد تابع حسينا على الوصل عن جرير بن حازم ، وأن أيوب بن سويد^(٦) رواه عن الثوري عن أيوب

(١) سنن أبي داود ٥٧٦/٢ تحقيق الدعاس ، وسنن ابن ماجه ٦٠٣/١ ، والمحلى لابن حزم ٤٠/١١ .

(٢) تهذيب سنن أبي داود ٤٠/٣ ، وانظر سنن ابن ماجه ٦٠٣/١ .

(٣) فتح الباري ١٩٦/٩ .

(٤) انظر ص ٥٧ من هذا البحث .

(٥) انظر شروط احتجاج الشافعية بالمرسل ص ٥٨ من هذا البحث .

(٦) أيوب بن سويد الرملي أبو مسعود السيباني نسبة إلى سيبان بطن من حمير ، روى عن الأوزاعي ومالك والثوري وابن جريج وغيرهم ، وروى عنه بقية الشافعي ويونس بن عبد الأعلى وغيرهم ، ضعفه أحمد وجماعة ، توفي سنة ٢٠٢ هـ ، الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ١٦ ، الكاشف للذهبي ١٤٦/١ ، تهذيب التهذيب لابن حجر

٤٠٥/١ - ٤٠٦ .

موصولاً ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقي^(١) عن زيد بن حبان^(٢) عن أيوب موصولاً^(٣) .

الاعتراض الثاني :

إن حديث البكر إذا ثبت فهو محمول على أن أباه زوجها من غير كفاء قال ذلك البيهقي^(٤) مقويا كلام الشافعي ، وقد أيد الحافظ ابن حجر كلام البيهقي فقال : جواب البيهقي هو المعتمد فلا يثبت الحكم بها تعميمياً^(٥) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

قال الصنعاني^(٦) ، مجيباً عن هذا الاعتراض : « كلام هذين الإمامين يعني البيهقي وابن حجر محاماة عن كلام الشافعي ومذهبهم وإلا فتأويل البيهقي لا دليل عليه ، فلو كان كما قال لذكرته المرأة بل قالت إنه زوجها وهي كارهة ، فالعلة كراهتها فعليها علق التخيير لأنها المذكورة ، فكأنه قال ﷺ : إذا كنت كارهة فأنت بالخيار ، وقول المصنف إنها واقعة عين غير صحيح بل حكم عام لعموم علته فأينما وجدت الكراهة

(١) معمر (بتشديد الميم) بن سليمان النخعي أبو عبد الله الرقي ، روى عن إسماعيل بن أبي خالد وحجاج بن أرطاة وزيد بن حبان الرقي وغيرهم وروى عنه أبو عبيد القاسم بن سلام وأحمد والأشج وغيرهم . قال الميموني : كناه أحمد وذكر من فضله وهيبته ، وقال الذهبي : ثقة وقور صالح توفي سنة ١٩١ هـ . الكاشف للذهبي ١٦٥/٣ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٢٤٩/١٠ ، ٢٥٠ .

(٢) زيد بن حبان الرقي كوفي الأصل مولى ربيعة روى عن ابن جريج وأيوب السختياني وعطاء بن السائب والزهري وغيرهم وروى عنه معمر بن سليمان الرقي وموسى بن أعين ومعتز بن سليمان وغيرهم قال الدارقطني : ضعيف الحديث لا يثبت حديثه عن معمر ، وثقه ابن عدي وابن معين وابن حبان توفي سنة ١٥٨ هـ ، الكاشف للذهبي ٣٣٧/١ ، وتهذيب التهذيب ٤٠٤/٣ ، خلاصة تذهيب الكمال ٣٥٠/١ .

(٣) انظر زاد المعاد لابن القيم ٣/٤ ، وتهذيب سنن أبي داود ٤٠/٣ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٢٥٤/٦ قال ابن القيم : « إن حكمنا على هذا الحديث بالإرسال كقول كثير من المحدثين فهذا مرسل قوي قد عضدته الآثار الصحيحة الصريحة والقياس وقواعد الشرع فتعين القول به » زاد المعاد ٣/٤ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ١١٧/٧ .

(٥) فتح الباري ١٩٦/٩ .

(٦) هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم عز الدين ولد سنة ١٠٩٩ هـ ، يعرف كأصله بالأمير مجتهد من بيت الإمامة في اليمن له نحو مائة مؤلف منها « سبل السلام شرح بلوغ المرام » و « منحة الغفار » حاشية على ضوء النهار ، توفي سنة ١١٨٢ هـ . البدر الطالع ١٣٣/٢ - ١٣٩ ، الأعلام ٣٨/٦ .

ثبت الحكم^(١) .

الدليل الرابع^(٢) : قوله ﷺ : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » . قالوا : يا رسول الله وكيف إذن ؟ قال : « أن تسكت » متفق عليه^(٣) .

ففي الحديث دليل على اعتبار البكر وأنها لا تزوج إلا بعد حصول إذنها وهو السكوت^(٤) . وقد أجاب القائلون بأن له أن يزوجه بدون رضاها عن هذا الحديث بأنه محمول على الاستحباب لاستطابة نفس البكر ، وإلا فلو زوجها أبوها بدون رضاها فقد خالف المستحب ونفذ عقده عليها . وأجيب عما ذكره بأنه غير مسلم بدليل أن الرسول ﷺ رد نكاح البكر التي زوجها أبوها وهي كارهة^(٥) ، ولو كان ذلك على سبيل الاستحباب لما رده .

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني لما ذهبوا إليه بما يلي :

أولا : استدلو بالصحة تزويج الأب ابنته البكر بدون رضاها بقوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر يستأذنها أبوها » ، وفي رواية لمسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها »^(٦) .

(١) سبل السلام ١٢٢/٣ .
(٢) هذا الدليل ليس فيه دلالة على التوقف ، وإنما استدل به أصحاب هذا القول ليردوا به رأي القائلين بأنه يجوز تزويج الولي البكر وأنه ينفذ بدون رضاها .

(٣) رواه البخاري انظر فتح الباري ١٩١/٩ رقم الحديث ٥١٣٦ ، ومسلم ٧٠٣٦/٢ رقم الحديث ٦٤ من كتاب النكاح . وأبو داود في سننه ٥٧٣/٢ رقم الحديث ٢٠٩٢ تحقيق الدعاس ، والترمذي في سننه ٦٣/٤ رقم الحديث ١١٠٧ تحقيق الدعاس ، وابن ماجه في سننه ٦٠١/١ رقم الحديث ١٨٧١ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٩/٧ .

(٤) انظر عمدة القارئ للعيني ١٢٨/٢٠ .

(٥) الحديث رواه جابر بن عبد الله . انظر السنن الكبرى للبيهقي ١١٧/٧ ، وقد ذكره ابن حجر في الفتح ١٩٦/٩ ، وقال : ظاهر سننه الصحة . وقد سبق نحو هذا الحديث من رواية ابن عباس ، أن بكرا زوجها أبوها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ .

(٦) انظر في تخریج الحديث ص ٣٨١ من هذا البحث .

توجيه الاستدلال بهذا الحديث :

وقد وجهوا الاستدلال بهذا الحديث فقالوا : إن الرسول ﷺ قد قسم النساء إلى قسمين ثم خص الثيب بأنها أحق من وليها مع أنها هي والبكر اجتماعا في ذهنه ، فلو أنها كالثيب في ترجح حقها على حق الولي لم يكن لإفراد الثيب بهذا معنى^(١) ، فإفراد الثيب بالحق يفهم منه أن البكر لا حق لها فلوليها أن يزوجه من دون رضاها .

الجواب عن الاستدلال بهذا الحديث :

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بأنه ليس فيه ما يدل على جواز تزويج البكر بغير رضاها مع بلوغها وعقلها ورشدها ، وأما قوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها » ، فهذا إنما يدل بطريق المفهوم ومنازعوكم ينازعونكم في كونه حجة ثم على تقدير القول به لا حجة فيه على إجبار كل بكر لأن المفهوم لا عموم له ، فيمكن حمله على من هي دون البلوغ ، ثم إن هذا المفهوم قد خالفه منطوقه وهو قوله والبكر تستأذن ، والاستدذان مناف للإجبار وإنما وقع التفريق في الحديث بين الثيب والبكر لأن الثيب تخطب إلى نفسها ، فتأمر الولي بتزويجها والبكر تخطب إلى وليها فيستأذنها ، ولهذا فرق بينهما في كون الثيب إذنها الكلام ، والبكر إذنها الصمات لأن البكر لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها لم تخطب إلى نفسها بخلاف الثيب لزوال حياء البكر عنها فتتكلم بالنكاح ، وتأمر وليها أن يزوجه فلم يقع التفريق في الحديث بين الثيب والبكر لأجل الإجبار وعدمه^(٢) .

ثانيا : استدلووا على بطلان النكاح بالنسبة للثيب إذا زوجها أبوها بما يلي :-

الدليل الأول : قوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ... » الحديث^(٣) .

(١) التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ورقة ٢٠١ .

(٢) التنقيح لابن عبد الهادي ورقة ٢٦٦ ، وقال ابن تيمية ، في الرد على استدلال أصحاب القول الثاني بحديث « الأيم أحق بنفسها » : وهم تركوا العمل بنص الحديث وظاهره وتمسكوا بدليل خطابه ، ولم يعلموا مراد الرسول ﷺ وذلك أن قوله « الأيم أحق بنفسها من وليها » يعم كل ولي وهم يخصونه بالأب والجد ، والثاني « والبكر تستأذن » وهم لا يوجبون حينئذ إذنها بل قالوا : هو مستحب ، حتى طرد بعضهم قياسه وقالوا : لما كان مستحبا اكتفي فيه بالسكوت » مجموع الفتاوى ٣٤/٣٢ .

(٣) انظر في تخریج الحديث ص ٣٨١ من هذا البحث .

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن الثيب ما دامت أحق بنفسها من وليها فإن وليها إذا زوجها بغير إذنها ورضاها يكون معتديا على هذا الحق فيبطل تزويجه .
ويمكن أن يجاب عن الاستدلال بهذا الحديث بأن إجازتها للتزويج كإذنها فيه من قبل فلا فرق بينهما .

الدليل الثاني : عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها^(١) .

قال الشافعي - رحمه الله - موجهها الاستدلال بهذا الحديث : « إن النبي ﷺ رد النكاح ولم يقل إلا أن تشائي أن تبري أباك فتجيزي نكاحه ، ولو كانت إجازته نكاحها تجيزه أشبه أن يأمرها أن تجيز إنكاح أبيها ولا يرد بقوته عليها »^(٢) .

الجواب عن الاستدلال بهذا الحديث :

يمكن أن يجاب عما ذكره الشافعي فيقال : إنه ليس في الحديث دلالة على أن إجازة الثيب للنكاح غير معتبرة لأن غاية ما في الحديث أن هذه الثيب أكرهها والدها ، ولم ترض فرد الرسول ﷺ نكاحها ، وأما كون الرسول ﷺ لم يقل « إلا أن تشائي أن تبري أباك فتجيزي نكاحه » فلأن النكاح أمره عظيم يختلف عن العقود الأخرى ، وذلك لأنه عشرة دائمة يقوم أساسا على المحبة والرضا ولا يذهب أثره في حينه أو بعد مدة كالغبن في المال ونحوه ، ومن غير المعقول أن تبر أباه برضاها برجل تبغضه ولا تطيقه وربما يترتب على ذلك خصام وشقاق يصل أثره إلى والدها ، كما أن أباه لن يرضى بذلك إذا عرف حقيقة الأمر ، وما يمكن أن يترتب عليه من عواقب وخيمة^(٣) .

دليل القول الثالث :

وأما الحسن البصري وإبراهيم النخعي فلم أجد لهما دليلا لما ذهبوا إليه .

(١) انظر في تخرج الحديث ص ٣٩٨ - ٣٩٩ من هذا البحث .

(٢) الأم للشافعي ١٥/٥ .

(٣) سبق وأن ذكرنا أن حديث خنساء ، قد استدل به أصحاب القول على أن الثيب إذا زوجها أبوها بدون رضاها أن عقده يتوقف على رضاها ولا يبطل بدليل قوله في الحديث « فرد نكاحها » وذلك يفيد أن العقد الذي قد كان يسمى نكاحا وأنها لو رضيت به لم يحتج إلى تجديد . انظر ص ٣٩٨ - ٣٩٩ من هذا البحث .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو القول الأول لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة ، ولأن وقف النكاح على إجازة المرأة البالغة العاقلة فيه مصلحة لكلا الطرفين ، ففيه اعتبار لعقد والدها وعدم الحكم ببطلانه من أول الأمر ، كما أن فيه تحقيقا لرغبة المرأة ورضاها وإعطائها فرصة التأمل والتفكير .

كما أن القول بأن البكر البالغة يزوجه أبوها بدون رضاها غير موافق للقواعد الشرعية « فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريده هو ؟ ويجعلها أسيرة عنده ، وهي من أكره الناس فيه ، وهو من أبغض شيء إليها ، ومع هذا فيملكها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريده .. ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها »^(١) .

المبحث الثالث : مراجعة الزوج لزوجته بالقول في عدتها من طلاق له فيه حق الرجعة

اختلف العلماء في حكم مراجعة الزوج لزوجته بالقول في عدتها من طلاق له فيه حق الرجعة على قولين :

القول الأول : إن الرجعة لا تتوقف صحتها على إعلام المرأة بحصولها وهو مذهب جمهور الفقهاء .

جاء في بدائع الصنائع « إعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى ولو لم يعلمها بالرجعة جازت لأن الرجعة حقه على الخلوص ، لكونه تصرف في ملكه بالاستيفاء والاستدامة فلا يشترط فيها إعلام الغير كالإجازة في الخيار ، لكنه مندوب إليه ومستحب لأنه إذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الجائز أنها تتزوج عند ثلاث حيض ظنا منها أن عدتها قد انقضت ، فكان ترك الإعلام فيه تسببا إلى عقد حرام فاستحب أن يعلمها »^(٢) .

(١) زاد المعاد لابن القيم ٣/٤ ، ٤ .

(٢) ١٨١/٣ ، وانظر المبسوط للسرخسي ٢٣/٦ .

وجاء في الأم « له عليها الرجعة ما بقي من العدة شيء سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم ، إذا كانت تعلم فتمتنع من الرجعة فتلزمها ؛ لأن الله تعالى جعلها له عليها فعلمها وجهالتها سواء ، وسواء كانت غائبة أو حاضرة أو كان عنها غائبا أو حاضرا »^(١) .

وجاء في المغني لابن قدامة « الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم »^(٢) .

وجاء في شرح الخرشي على مختصر خليل « وكما يندب للمطلق الإشهاد على الرجعة كذلك يندب له إعلامها أيضا »^(٣) .

القول الثاني : أن الرجعة تتوقف على إعلام الزوجة بها ، ومن ثم لو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت عدتها فقد بانت منه ولا رجعة له عليها . وبه قال ابن حزم .
جاء في المحلى « إن راجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها - غائبا كان أو حاضرا - وقد طلقها وأعلمها وأشهد فقد بانت منه ولا رجعة له عليها إلا برضاها بابتداء نكاح بولي وإشهاد وصداق مبتدأ سواء تزوجت أم لم تزوج دخل بها الزوج الثاني أو لم يدخل ، فإن أتاها الخبر وهي بعد في العدة فهي رجعة صحيحة »^(٤) .
الأدلة :

أدلة القول الأول : استدل جمهور العلماء القائلين بأن صحة الرجعة لا تتوقف على إعلام الزوجة بما يلي :

الدليل الأول : إجماع أهل العلم على عدم اشتراط علم الزوجة بالرجعة ، وقد حكاها ابن قدامة في المغني معللاً ذلك بأن الرجعية في أحكام الزوجات ، والرجعة إمساك لها واستيفاء لنكاحها ، ولهذا سمي الله تعالى الرجعة إمساكا وتركها فراقا وسراحا فقال : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾^(٥) وفي آية

(١) ٢٢٦/٥ .

(٢) ٢٨٢/٧ .

(٣) ٨٧/٤ .

(٤) ٦١٦/١١ .

(٥) سورة الطلاق آية ٢ .

أخرى : ﴿ فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾^(١) وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله ، فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة ، فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح^(٢) .

الدليل الثاني : أن الإنسان بمراجعته متصرف في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير^(٣) .

أدلة القول الثاني : استدل ابن حزم لرأيه بما يلي :-

الدليل الأول : أن عدم إعلام الزوجة بالرجعة مضارة لها وقد قال تعالى : ﴿ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ ﴾^(٤) .
وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾^(٥) .

وهذا عين المضارة ، وقال رسول الله ﷺ : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٦) فمضارته مردودة باطلة .

المناقشة : ويمكن أن يناقش ما ذكره ابن حزم فيقال : إن الأدلة التي ذكرها أدلة عامة على الأمر بعدم الضرر ، لا تقوى على إبطال حق الزوج بالرجعة ، وليس فيها ما يدل على ذلك ، لكن يحصل الضرر للمرأة لو تزوجت غير عالمة برجعته فالضرر هنا حاصل وسيأتي بحثه .

الدليل الثاني : أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا بمعروف ، قال تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾^(٧) فالرجعة هي الإمساك ولا تكون بنص كلام الله تعالى إلا بمعروف ، والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٢٨٢/٧ .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاساني ١٨١/٣ .

(٤) سورة البقرة آية ٩ .

(٥) سورة الطلاق آية ٦ .

(٦) رواه البخاري ومسلم انظر صحيح البخاري باب البيوع ٦٠ / ٣ وصحيح مسلم ١٣٤٤/٣ .

(٧) سورة الطلاق آية ٢ .

صغيرة أو مجنونة ، فإن لم يعلمها لم يمسك بمعروف ، ولكن بمنكر إذ منعها حقوقها الزوجية من النفقة والكسوة والإسكان والقسمة فهو إمساك فاسد باطل ما لم يشهد بإعلامها فحينئذ يكون بمعروف^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ما ذكره ابن حزم فيقال : ليس المراد من قوله تعالى (بمعروف) هو إعلامها وإنما معنى قوله بمعروف أي بالرغبة من غير قصد المضارة في الرجعة تطويلا لعدتها ، لأن أهل الجاهلية كانوا يطلقون المرأة حتى إذا أشرفت على انقضاء العدة أشهد برجعتها ، حتى إذا مرّ لذلك مدة طلقها ، فكلما ردها طلقها فإذا أشرفت على انقضاء العدة راجعها لا رغبة لكن إضرارا وأذية فنها أن يمسكوا أو يفارقوا إلا بالمعروف ، فعن ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾^(٢) الآية . كان الرجل يطلق امرأته يراجعها قبل انقضاء عدتها ، ثم يطلقها . يفعل ذلك يضارها ويعضلها فأنزل الله هذه الآية^(٣) .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾^(٤) . وإنما يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحا بنص القرآن ومن كتمها الرد أو رد بحيث لا يعلمها لم يرد إصلاحا بلا شك ، بل أراد الفساد فليس له رد ولا رجعة أصلا^(٥) .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : لا نسلم أن من راجعها ولم يعلمها ثم أعلمها بعد انقضاء العدة أنه راجعها لم يرد إصلاحا ، فالإصلاح لا يكون بإعلامها وإنما يكون بعزمه على إصلاح حاله معها بعد الرجعة وإنهاء الوحشة بينهما لا على وجه الإضرار والقطع

(١) انظر المحلى لابن حزم ٦١٦/١١ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٢ .

(٣) انظر تفسير الطبري ٩/٥ (تحقيق محمود شاكر) .

(٤) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٥) المحلى لابن حزم ٦١٧/١١ .

بها عن الخلاص من ربقة النكاح^(١) .

الدليل الرابع : الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين من ذلك :

أ - عن الحكم بن عتيبة^(٢) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في امرأة طلقها زوجها فأعلمها ثم راجعها ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها فقد بانت منه .

ب - عن إبراهيم النخعي قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إذا طلق امرأته فأعلمها طلاقها ثم راجعها فكتمها الرجعة حتى انقضت العدة فلا سبيل له عليها .

ج - عن أبي الشعثاء^(٣) جابر بن زيد قال : تماريتُ أنا ورجل من القراء الأولين في المرأة يطلقها الرجل ثم يرتجعها فيكتمها رجعتها ، فقلت أنا : ليس له شيء . فسألنا شريحا القاضي^(٤) فقال : ليس له إلا فسوة^(٥) الضبع^(٦) .

والذي يظهر لي أن مذهب الجمهور أقوى لما ذكر من الإجماع ، ولأن الرجعة حق له فلا يسقطها عدم الإعلام إذ لا ضرر عليها .

(١) انظر أحكام القرآن لابن العربي ١٨٨/١ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٢٣/٣ .

(٢) هو الحكم بن عتيبة الكوفي مولا هم أبو محمد ويقال أبو عبد الله ويقال أبو عمر روى عن أبي جحيفة وعبد الله ابن أبي أوفى وشرح القاضي وغيرهم ، وروى عنه الأعمش وأبو عوانة وخلق كثير ، قال الأوزاعي : ما بين لابتيها أفتقه من الحكم ، توفي سنة ١١٥ هـ . الكاشف للذهبي ٢٤٦/١ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٤٣٢/٢ - ٤٣٤ .

(٣) هو أبو الشعثاء جابر بن زيد : الأزدي اليحمدي أبو الشعثاء الجوفي البصري روى عن ابن عباس وابن عمر وابن الزبير والحكم بن عمرو والغفاري ومعاوية بن أبي سفيان وعكرمة وغيرهم ، وعنه قتادة وأيوب وعمرو بن دينار وغيرهم .

قال عنه ابن عباس : لو أن أهل البصرة نزلوا عند قول جابر بن زيد لأوسعهم علما من كتاب الله .. توفي سنة ٩٣ هـ . الكاشف للذهبي ١٧٦/١ تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٨/٢ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٨ .

(٤) شرح القاضي ، هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي ، أبو أمية الكوفي ولي القضاء لعمر وعثمان وعلي ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج فاستعفى وله مائة وعشرون سنة فمات بعد سنة .

قال ابن سيرين : قدمت الكوفة وبها أربعة آلاف يطلبون الحديث وإن شيوخ الكوفة أربعة . عبيدة السلماني ، والحارث الأعور ، وعلقمة بن قيس ، وشريح وكان أحسنهم توفي سنة ٧٨ هـ وقيل سنة ٨٠ هـ . الكاشف للذهبي ٩/٢ . طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٢٠ .

(٥) قوله ليس له إلا فسوة الضبع أي لا طائل له في ادعاء الرجعة بعد انقضاء العدة وإنما خص الضبع لحملها وخبثها . وقيل : هي شجرة تحمل الخشخاش ليس في ثمرها كبير طائل . انظر النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٤٤٧/٣ .

(٦) مصنف عبد الرزاق ٣٢٦/٦ . المحلى لابن حزم ٦١٧/١١ .

وأما إذا حدث إعلامها بالرجعة بعد انتهاء عدتها وعقد عليها لشخص آخر ، فللعلماء في ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن زوجها الأول الذي راجعها ولم يعلمها أحق بها مطلقا سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها ، وهو مذهب الحنفية والشافعية والإمام أحمد في أصح الروايتين عنه^(١) .

جاء في البدائع « ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم جاء زوجها الأول فهي امرأته سواء كان دخل بها الثاني أو لم يدخل ويفرق بينها وبين الثاني لأن الرجعة قد صحت بدون علمها فتزوجها الثاني وهي امرأة الأول فلم يصح »^(٢) .

وجاء في الأم « وإن لم تبلغها الرجعة حتى مضت عدتها ونكحت دخل بها الزوج الذي نكحته أو لم يدخل فرق بينها وبين الزوج الآخر »^(٣) .

وجاء في المغني لابن قدامة « إن راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها ، وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته ، وأن نكاح الثاني فاسد ؛ لأنه تزوج امرأة غيره ، وترد إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها ، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء »^(٤) .

القول الثاني : أنها للثاني الذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل بها . وهو مذهب مالك كما جاء في الموطأ وبه قال الليث والأوزاعي وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٥) ، وهو متفق مع رأي العلامة ابن حزم الظاهري لكن ابن حزم يرى أن الرجعة باطلة ولو لم يعقد عليها النكاح للزوج الثاني فبطلان الرجعة عنده يكون بانتهاء العدة فقط ، خلافا لمالك فإنه يرى أنه إذا لم يعقد عليها فلزوجها الرجعة .

(١) محل ذلك إذا أقام بينة الرجعة قبل انقضاء العدة فإن لم يقمها لا يقبل قوله وإن صدقته هي فقط لأنه لا يقبل إقرارها على الثاني ، وإن صدقه الثاني دونها فسخ نكاحه لأنه اعترف على نفسه فيقبل منه ولا تسلم إلى الأول لأنه لا يقبل قوله في أحقيتها ، وإن صدقته والثاني معا فرق بينهما وأعيدت للأول ولها على الثاني مهر المثل إذا كان قد أصابها .

(٢) ١٨١/٣ .

(٣) ٢٢٦/٥ .

(٤) ٢٩٤/٧ .

(٥) انظر بداية المجتهد ٩٣/٢ .

جاء في الموطأ « قال مالك : إن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل فلا سبيل لزوجها الأول إليها ، قال مالك : وذلك الأمر عندنا ، وإن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها »^(١) .

وذكر أبو القاسم أن مالكا رجع عن قوله هذا قبل موته بعام أو نحوه وأنه قال : الأول أحق بها إلا أن يدخل بها الثاني^(٢) وقال المدنيون من أصحابه لم يرجع ؛ لأنه أثبتته في موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه^(٣) .

القول الثالث : أنه إن دخل بها الثاني فلا سبيل لزوجها الأول عليها ، فإن لم يكن دخل بها فهي للأول . وبه قال أحمد في إحدی الروایتین عنه ، وعطاء وابن القاسم كما روى ابن القاسم أن مالكا رجع إليه في آخر حياته^(٤) .

جاء في المغني « وعن أبي عبد الله رواية ثانية إن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول ، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك »^(٥) .

وجاء في المدونة « وأرى أن فيهما (أي في امرأة المفقود والمطلقة الرجعية التي لم تعلم بالرجعة) أن زوجها إذا أدركهما قبل أن يدخل بهما زوجها الآخران فالأولان أحق وإن دخلا فالآخران أحق »^(٦) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن زوجها الأول أحق بها مطلقا بما يلي :

الدليل الأول : ما رواه سمرة بن جندب^(٧) ، أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة

(١) موطأ مالك ٥٧٥/٢ .

(٢) انظر المدونة للإمام مالك ٩١/٢ .

(٣) انظر بداية المجتهد ٩٣/٢ .

(٤) انظر المدونة للإمام مالك ١٩١/٢ .

(٥) ٢٩٤/٧ .

(٦) انظر المدونة للإمام مالك ٩٢/٢ .

(٧) هو سمرة بن جندب بن هلال بن جريج بن مرة بن حرب الفزاري يكنى أبا سليمان كان من حلفاء الأنصار قدمت به أمه بعد موت أبيه فتزوجها رجل من الأنصار ، وغزا مع النبي ﷺ ثم سكن البصرة وكان زياد يستخلفه عليها إذا سار إلى الكوفة ويستخلفه على الكوفة إذا سار إلى البصرة ، فكان يكون في كل واحدة منهما ستة أشهر وكان =

تزوجها اثنان فهي للأول منهما ، ومن باع بيعا من رجلين فهو للأول منهما » ، رواه أحمد وأبو داود والنسائي^(١) . قال الشافعي بعد ذكر الحديث : فالأول أحق لا استثناء في كتاب الله عز وجل ولا سنة رسول الله ﷺ دخل بها زوج آخر أو لم يدخل ، ومن جعله الله عز ذكره ثم رسوله أحق فهو أحق^(٢) .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : إن المراد بقوله ﷺ : « أيما امرأة تزوجها اثنان » أي عقد عليها اثنان . يدل لذلك ما رواه الترمذي بلفظ « أيما امرأة زوجها وليان »^(٣) وليس المراد بالحديث الدخول وليس فيه ما يشير إلى ذلك ولفظ التزويج يطلق على مجرد العقد .

الدليل الثاني : أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة ، وإن لم تعلم بها المرأة - قبل أن تتزوج - وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسدا فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة لا قبل ولا بعد الدخول^(٤) .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : لا نسلم أن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة ؛ لأن الزوج الثاني قد عقد عليها ، وهو ممن يجوز له العقد ، ثم دخل بها ، ولأن الأصل عدم مراجعته لزوجته ، وقد انتهت العدة ، ولم تعلم بمراجعة الزوج لها وليس على الزوجة أن تبحث أو تسأل هل راجعها زوجها أم لا ؟ لأن في ذلك ضررا عليها ومشقة وربما لا يكون حاضرا ، وقد نهى الله عن الضرر ، ولما كانت الحاجة والمصلحة والحق للمراجع وجب عليه أن يتدارك حقه فلما أهمل وتساهل وكتم خبر مراجعته ، وتبين أنه يريد مضارة زوجته بطل حقه .

= شديدا على الخوارج وكان إذا أتي بواحد منهم قتله .
توفي سنة ٥٩ هـ وقيل سنة ٥٨ هـ بالبصرة ، سقط في قدر مملوءة ماء حارا كان يتعالج بالقعود عليها من مرض

أصابه فمات رضي الله عنه . أسد الغابة ٣٥٥/٢ ، الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٧٨/٢ .
(١) انظر مسند أحمد ٢٢/٥ وسنن أبي داود ٥٧١/٢ رقم الحديث ٢٠٨٨ (تحقيق الدعاس) وسنن النسائي ٣٠٤/٧ .

(٢) انظر الأم للشافعي ٢٢٦/٥ .

(٣) انظر صحيح الترمذي بشرح الإمام ابن العربي ٣٠/٥ .

(٤) انظر المغني لابن قدامة ٢٨٢/٧ .

الدليل الثالث : عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الرجل يطلق امرأته ثم يشهد على رجعتها ، ولم تعلم بذلك قال : هي امرأة الأول دخل بها الآخر أو لم يدخل بها^(١) .

مناقشة الدليل : ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه روي عنه ما يعارضه . فعن خلاص بن عمرو^(٢) أن رجلا طلق امرأته وأعلم وأرجعها وأشهد شاهدين وقال : اكتم علي . فكتمتا حتى انقضت عدتها ، فارتفعوا إلى علي بن أبي طالب فأجاز الطلاق وجلد الشاهدين واتهمهما^(٣) ، فأجازة علي رضي الله عنه الطلاق دليل على إلغائه الرجعة ، فيحتمل أنه رجع عن رأيه السابق ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال^(٤) .

أدلة القول الثاني : واستدل القائلون بأن الزوج الثاني الذي عقد عليها أحق بها سواء دخل بها أو لم يدخل^(٥) بما يلي :-

الدليل الأول : ما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتكح زوجها غيره أنه ليس له من أمرها شيء ولكن لمن تزوجها^(٦) .

توجيه الاستدلال : ويمكن توجيه الاستدلال بذلك فيقال : إن المراد بقوله فتكح زوجها غيره ، المراد بالنكاح هنا العقد . والمعنى : فيعقد عليها زوجها غيره فدل على أن الثاني أحق بها وإن لم يدخل بها .

مناقشة الاستدلال : ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : لا نسلم أن المراد بقول

(١) انظر الأم للشافعي ٢٢٦/٥ ، وبدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ٣٨٤/٢ ، ومصنف ابن أبي شيبة ١٩٥/٥ .

(٢) هو خلاص بن عمرو الهجري البصري روى عن علي وعمار بن ياسر وعائشة وغيرهم وهو ثقة عند المحدثين ، توفي قبيل المائة . الكاشف للذهبي ٢٨٦/١ ، وتهذيب التهذيب ١٧٦/٣ .

(٣) المحلى لابن حزم ٦٢٠/١١ .

(٤) القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٣٤ .

(٥) سبق أن ذكرنا أدلة ابن حزم الذي يرى أن لا رجعة للزوج إذا لم يعلمها في العدة مطلقا وناقشنا تلك الأدلة .

(٦) المحلى لابن حزم ٦١٨/١١ .

سعيد بن المسيب فتنكح زوجا غيره ، يراد به العقد ، بل المراد الدخول لما يأتي :-
أولا : أن هذا هو ما يتبادر إلى الذهن والفهم من سياق كلام سعيد بن المسيب .
ثانيا : أن النكاح في اللغة يراد به في الأصل الوطء وقليل ما يراد به العقد .
قال الجوهري^(١) : « النكاح الوطء وقد يكون العقد^(٢) » فحمله على الأصل
والغالب أولى .

الدليل الثاني : ما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المرأة يطلقها زوجها
وهو غائب ثم يراجعها فلا يبلغها رجعتها ، وقد بلغها طلاقه إياها فتزوجت أنه إن دخل بها
زوجها الآخر أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول - الذي كان يطلقها إليه^(٣) .

المناقشة : ما روي عن عمر رضي الله عنه خلافه - كما سوف نذكره بعد قليل -
فيحتمل أنه رجع عن رأيه هذا والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال^(٤) .
أدلة القول الثالث : استدل القائلون بأنه إن دخل بها الثاني فهو أحق بها ، وإن لم
يدخل فالأول أحق بما يلي :

أولا : أن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد عليها في الظاهر ، ومع
الثاني مزية الدخول فقدم بها .

ثانيا : ما روي عن أبي الزناد^(٥) أن عمر رضي الله عنه قال فيمن طلق امرأته ، ثم

(١) هو إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر . إمام في علم لغة العرب وخطه يضرب به المثل في الحسن ، أول من
حاول الطيران ومات في سبيله وذلك أنه صنع جناحين من خشب وربطهما بجبل وصعد سطح داره ونادى في الناس
لقد صنعت ما لم أسبق إليه وسأطير الساعة فازدحم أهل نيسابور ينظرون إليه وتأبط الجناحين ونهض بهما فخانه
اختراعه ومات سنة ٣٩٣ هـ . وله من المصنفات « الصحاح » و « كتاب في العروض » و « مقدمة في النحو » .
انظر معجم الأدباء لياقوت الحموي ٢٦٦/٢ - ٢٧٢ . يتيمة الدهر للثعالبي ٤٠٦/٤ ، لسان الميزان ٤٠٠/١ -
٤٠١ .

(٢) الصحاح - تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري ٤١٣/١ .

(٣) موطأ مالك ٥٧٦/٢ .

(٤) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٢٣٤ .

(٥) هو عبد الله بن ذكوان القرشي أبو عبد الرحمن المدني المعروف بأبي الزناد مولى بني أمية وذكوان هو أخو أبي
لؤلؤة قاتل عمر رضي الله عنه وعبد الله ثقة عند المحدثين . الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٤٩/٥ ، الكاشف للذهبي

٧٤/٢ . تهذيب التهذيب لابن حجر ٢٠٣/٥ ، ٢٠٤ .

سافر ، وأشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة ، ولا علم لها بذلك حتى تزوجت : أنه إن أدركها قبل أن يدخل بها فهي امرأته ، وإن لم يدركها حتى دخل بها الثاني فهي امرأة الثاني^(١) .

ثالثا : إن في إمضاء الزواج الثاني دفعا للضرر عن المرأة وتأديبا للأول الذي كتم خبر رجعته وأراد الضرر لها .

الرأي المختار :

والذي أراه أن هذه المسألة ليس فيها دليل قطعي يدل على ترجيح رأي دون رأي وإنما ما ذكر آثار عن الصحابة وعن التابعين متعارضة فهذه المسألة محل اجتهاد ونظر . والذي أميل إليه هو القول الثالث وهي الرواية الثانية عن الإمام أحمد وما رجع إليه الإمام مالك كما ذكر ذلك ابن القاسم^(٢) وهو أنه إن دخل بها الثاني فلا سبيل لزوجها الأول عليها ، فإن لم يكن دخل بها فهي للأول ، ذلك أن عدم إعلام الزوجة بالرجعة فيه تفريط من جانب المراجع وضرر للزوجة ، وقد تحقق الضرر بدخول الزوج الثاني بها ، والشريعة الإسلامية لا تقر الضرر فعن ابن عباس مرفوعا « لا ضرر ولا ضرار »^(٣) كما أن عقد الثاني صحيح لأنه عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد عليها في الظاهر ، ودخل بها فصح عقده .

(١) المحلى لابن حزم ٦١٩/١١ .

(٢) انظر المدونة للإمام مالك ٩١/٢ .

(٣) رواه أحمد في مسنده ٣١٣/١ وابن ماجه في سننه ٧٨٤/١ رقم الحديث ٢٣٤١ ، وقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ، الضرر خلاف النفع والضرار من الاثنين فالمعنى ليس لأحد أن يضر صاحبه بوجه ، ولا اثنين أن يضر كل منهما بصاحبه ظنا منه أن ذلك من باب التبادل وأن ذلك لا إثم فيه .

المبحث الرابع : قدوم المفقود وقد طلق القاضي عليه امرأته - بعد أن طلبت ذلك - وتزوجت

اختلف العلماء فيما إذا طلق القاضي امرأة المفقود^(١) - إذا ما طلبت ذلك - ثم تزوجت ودخل بها الزوج ، ثم قدم زوجها الأول على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن تطليق القاضي موقوف على إذن الزوج الأول ، فإن شاء أجاز ما فعله القاضي وإن شاء رده ، وإذا أجازته صار كالتفريق المأذون فيه ، وحينئذ يكون نكاح الثاني صحيحا ، وإن لم يجز ما فعله الإمام كان التفريق باطلا ، فكانت باقية على نكاحه فتكون زوجته . وبه قال الحنابلة والشافعي في القديم .

قال ابن القيم : « المفقود المنقطع خبره إن قيل امرأته تبقى إلى أن يعلم خبره ، بقيت لا أيما ولا ذات زوج إلى أن تبقى من القواعد أو تموت ، والشرعية لا تأتي بمثل هذا ، فلما أجلت أربع سنين ولم يكشف خبره حكم بموته ، فإن قيل : يسوغ للإمام أن يفرق بينهما للحاجة فإنما ذلك بعد اعتقاد موته ، وإلا فلو علمت حياته لم يكن مفقودا ، فإذا قدم الرجل تبينا أنه كان حيا ، وقد تصرف الإمام في زوجته بالتفريق ، فيبقى التفريق هنا موقوفا على إجازته ، فإن شاء أجاز ما فعله الإمام ، وإن شاء رده ، وإذا أجازته صار كالتفريق المأذون فيه ، وحينئذ فيكون نكاح الثاني صحيحا ، وإن لم يجز ما فعله الإمام كان التفريق باطلا ، فكانت باقية على نكاحه فتكون زوجته فيكون القادم مخيرا بين إجازة ما فعله الإمام أو رده »^(٢) .

وجاء في روضة الطالبين « إن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته فقولان : القديم أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة . وإذا تزوجت وظهر المفقود - فعن الكرايسي عن الشافعي رحمهما الله تعالى أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها

(١) المفقود : هو الغائب الذي انقطعت أخباره ، ولا يعرف مكانه ، ولا تعلم حياته ولا موته . انظر فتح القدير لابن الهمام ٤/٤٤٠ ، وتبيين الحقائق ٣/٣١٠ .

والبحر الرائق ٥/١٧٦ ، ومواهب الجليل ٤/١٥٥ ، والتعريفات للجرجاني ص ١١٨ ، وكشاف القناع ٤/٤٦٤ .

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٥٥ ، وانظر المغني لابن قدامة ٧/٤٩١ .

من الثاني ، وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل «^(١) .

القول الثاني : أن تطليق القاضي يعتبر نافذا ولا سبيل لزوجها الأول إليها . وبه قال المالكية في إحدى الروايتين عندهم . وبعض الشافعية الذين أخذوا بالقول القديم . جاء في الموطأ « أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ، ثم تحل ، قال مالك : وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها ، قال مالك : وذلك الأمر عندنا «^(٢) .

وقال النووي : « إذا ظهر المفقود فإن قلنا بالقديم ... إن قلنا ينفذ الطلاق ظاهرا وباطنا فقد ارتفع نكاح الأول كالفسخ بالإعسار ، فإن نكحت فهي زوجة الثاني وعن أبي إسحق إن ظهر وقد نكحت لم ترد إلى المفقود «^(٣) .

القول الثالث : أن تطليق القاضي يعتبر باطلا ، وبه قال الحنفية والشافعية في مذهبه الجديد ، والظاهرية . وهذا القول مبني على أساس أنه ليس من حق القاضي أن يطلق على المفقود ، فإذا ما طلق اعتبر متعديا فيكون طلاقه باطلا .

جاء في بدائع الصنائع « المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره ، والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ، ولكن معنى هذه العبارة أنها تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له ، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة ، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له ، فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة ... وإذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته ... وتبين امرأته ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا ، وروي عن الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وروي عن محمد أنه قدرها بمائة سنة فإذا مضت المدة المقررة يحكم بموته «^(٤) .

(١) ٤٠٢/٨ ، ٤٠٣ بتصرف .

(٢) موطأ مالك ٥٧٥/٢ .

(٣) روضة الطالبين للنووي ٤٠٢/٨ ، ٤٠٣ .

(٤) ١٩٦/٦ ، ١٩٧ بتصرف ، وجاء في البحر الرائق ١٧٨/٥ ، « ولا يفرق بينه وبين زوجته » وانظر تبين الحقائق =

وقال الشافعي : « لا تعتد امرأة المفقود ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت »^(١) .

وقال ابن حزم : « ومن فُقد فعرف أين موضعه ، أو لم يعرف في حرب فُقد ، أو في غير حرب ، وله زوجة أو أم ولد وأمة ومال لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي »^(٢) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن تطليق القاضي موقوف على إذن الزوج الأول (المفقود) بما يلي :

الدليل الأول : عن عبد الرحمن بن أبي ليلى^(٣) أنه قال : فقدت امرأة زوجها فمكثت أربع سنوات ، ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأمرها أن تبرص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه ، فإن جاء زوجها وإلا تزوجت بعد السنين الأربع ولم تسمع له بذكر ، ثم جاء زوجها بعد ذلك ، فبينما هو على بابه يستفتح - أو بينا هو ذاهب إلى أهله قال - قيل إن امرأتك تزوجت بعدك ، فسأل عن ذلك فأخبر خبر امرأته ، فأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : أعدني^(٤) على من غصبني على أهلي ، وحال بيني وبينهم ، ففرع عمر لذلك وقال : من هذا ؟ قال : أنت يا أمير المؤمنين ، قال : وكيف ؟ قال : ذهبت بي الجن فكنت أتيه في الأرض وقد تزوجت امرأتي زعموا

= ٣١١/٣ ، وفتح القدير ٤/٤٤٣ ، والمبسوط للسرخسي ١١/٣٤ ، ٣٥ والحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن ٤/٤٩ ، وصدر الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق ١/٣٣٤ ، واللباب في شرح الكتاب ٢/٢١٦ ، وقرة العين بفتاوى علماء الحرمين ص ١٧١ .

(١) الأم للشافعي ٥/٢٢١ ، وجاء في روضة الطالبين ٨/٤٠٠ ، ٤٠٢ : الجديد أظهر أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم تعتد ... وإذا ظهر المفقود فإن قلنا بالجديد فهي زوجته بكل حال .
(٢) المحلى ١١/٤٠٠ .

(٣) هو أبو عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الأوسي أبو عبيس الكوفي ، روى عن عمر ومعاذ وبلال وأبي ذر ، وأدرك مائة وعشرين من الصحابة الأنصارين قال عبد الله بن الحارث : ما ظننت النساء يلدن مثله . توفي سنة ٨٣ ، الكاشف للذهبي ٢/١٨٣ وخلاصة تذهيب تهذيب الكمال ٢/١٥٠ .

(٤) أعدني على من غصبني على أهلي : أي انصرتني وأعني على من غصبني أهلي . انظر المصباح المنير ٢/٤٦ .

أنك أمرتها بذلك ، قال عمر : إن شئت رددنا عليك امرأتك ، وإن شئت زوجناك غيرها ، قال بل زوجني غيرها ، فجعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ، وفي رواية فخبرني عمر بينها وبين الصداق^(١) .

وجه الدلالة :

أن عمر رضي الله عنه خير هذا الرجل بين امرأته وبين ما أصدقها أو تزويجه بدلا عنها ، وذلك دليل على أن تصرف عمر رضي الله عنه وهو الوالي موقوف على إذن هذا الرجل بعد قدومه .

الدليل الثاني : عن أبي المليح الهذلي^(٢) أنه قال : بعثني الحكم بن أيوب^(٣) إلى سهيمة بنت عمير الشيبانية أسألتها فحدثتني أن زوجها صيفي نعي لها من قنذايل^(٤) ، فتزوجت بعده العباس بن طريف القيسي ، ثم إن زوجها الأول قدم فأتينا عثمان بن عفان رضي الله عنه وهو محصور فأشرف علينا ، فقال : كيف أقضي بينكم وأنا على هذه الحال ، فقلنا : قد رضينا بقولك ، فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين امرأته ، ثم قتل عثمان رضي الله عنه ، فأتينا عليا فقضى بما قال عثمان رضي الله عنه قال : خير الزوج الأول بين امرأته وبين الصداق فاختر الصداق فأخذ مني ألفين ومن زوجي ألفين وهو صداقه^(٥) .

وجه الدلالة : حيث خير عثمان وعلي رضي الله عنهما الزوج الذي نعي لزوجته وتزوجت بعده بين زوجته وبين الصداق ، والمفقود في حكمه لأنه في حكم الميت .

(١) انظر مصنف عبد الرزاق ٨٦/٧ ، ٨٧ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٢٣٨/٤ ، وسنن البيهقي ٤٤٦/٧ .
(٢) هو أبو المليح الهذلي بن أسامة قيل اسمه عامر وقيل زيد روى عن أبيه وبريدة ، وعنه أيوب وحجاج بن أرطاة وهو ثقة عند المحدثين توفي سنة ١١٢ هـ وقيل سنة ١٠٨ هـ . الكاشف للذهبي ٣٨٠/٣ ، تهذيب التهذيب ٢٤٦/١٢ .

(٣) هو الحكم بن أيوب بن الحكم بن أبي عقيل بن مسعود بن عامر الثقفي كان عامل الحجاج على البصرة قتل بالبصرة في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة بضع وسبعين . الجرح والتعديل ١١٤/٣ ، لسان الميزان ٣٣١/٢ ، ميزان الاعتدال ٧٧٠/١ .

(٤) قنذايل بالفتح ثم السكون والبدال المهملة هي مدينة بالسند / معجم البلدان ٤٠٢/٤ .

(٥) انظر مصنف عبد الرزاق ٨٨/٧ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٢٣٩/٤ ، وسنن البيهقي ٤٤٧/٧ .

الدليل الثالث : عن خلاص بن عمرو أن علي بن أبي طالب قال : امرأة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها الولي ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ، فإذا جاء زوجها خير بين امرأته وبين الصداق^(١) .

وحكم علي رضي الله عنه بتخير الزوج بعد طلاق الولي دليل على أن تصرف الولي موقوف على إذن المفقود .

دليل القول الثاني : استدل القائلون بأن تطليق القاضي نافذ ولا سبيل لزوجها الأول عليها ، بقياس المفقود على الغائب لأن كل واحد منهما تزوجت زوجته وهي في عصمته ، وإذن فلا سبيل للمفقود إلى امرأته بعد زواجها ، كالمراجع لزوجته التي يبلغها طلاقه ولا تبلغها الرجعة ، فإنه لا سبيل له عليها لما رواه مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها ثم يراجعها فلا يبلغها رجعته ، وقد بلغها طلاقه إياها فتزوجت : أنه إذا دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان يطلقها إليها^(٢) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، فإن المرأة المطلقة تزوجت بناء على طلاق صحيح ، ولم تعلم بالرجعة ، وتهاون زوجها بعدم إعلامها فيه ضرر لها ، والشريعة لا تقر الضرر ولذلك مضى طلاقه بخلاف امرأة المفقود فإن المطلق هو القاضي فيبقى زوجها بالخيار بين الإمضاء والفسخ ، كما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد صح عنه خلاف ذلك ، فقد ثبت أنه يرى أن المفقود مخير بين الإمضاء والفسخ ، كما سبق ذكر ذلك في أدلة أهل القول الأول .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن تطليق القاضي باطل بما يأتي :

(١) سنن البيهقي ٤٢٥/٧ ، المحلى لابن حزم ٤٠٧/١١ .

(٢) موطأ مالك ٥٧٦/٢ .

الدليل الأول : عن المغيرة بن شعبة^(١) رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » . رواه الدارقطني والبيهقي^(٢) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن المفقود لا تطلق امرأته بتطليق القاضي أو غيره ؛ لأن الحديث قد دل على أنها امرأته إلى أن يأتيها البيان ، والبيان يحصل بطلاقه أو رده أو موته أو مضي عمره الطبيعي الذي جرت عادة الله عز وجل ألا يعمر أحد في ذلك الوقت أكثر منه في الغالب .

المناقشة :

ونوقش هذا الحديث بأنه غير صحيح لأن في إسناده محمد بن شرحبيل^(٣) وهو كذاب ، قال ابن أبي حاتم : سألت أبي عن حديث رواه محمد بن حمير^(٤) عن بشر بن جبلة^(٥) عن سوار بن الأشعث^(٦) عن محمد بن شرحبيل أن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » ، قال أبي : هذا حديث منكر ، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ

(١) هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي أبو عيسى أو أبو محمد وقيل يكنى أبا عبد الله كان ضخماً القامة عبل الذراعين ، بعيد ما بين المنكبين أصهب الشعر جعده وكان لا يفرقه ، أسلم قبل عمرة الحديبية ، وشهدها وبيعة الرضوان ، وشهد اليمامة ، وفتوح الشام والعراق ، وكان من دهاة العرب يسمى مغيرة الرأي توفي بالكوفة سنة ٥٠ هـ . أسد الغابة ٤/٤٠٦ ، الإصابة ٣/٤٥٢ .

(٢) سنن الدارقطني ٣/٣١٢ ، سنن البيهقي ٧/٤٤٥ .

(٣) محمد بن شرحبيل يروي عن المغيرة بن شعبة ، وروى عنه سوار بن الأشعث قال أبو حاتم : متروك الحديث أحاديثه بواطيل / الجرح والتعديل ٧/٢٨٥ ، ميزان الاعتدال ٣/٥٧٩ .

(٤) هو محمد بن حمير بن أنيس القضاعي ثم السليمي أبو عبد الحميد ويقال أبو عبد الله الحمصي روى عن بشر بن جبلة وزيد بن جبيرة والثوري وغيرهم قال أبو حاتم : يكتب حديثه ولا يحتج به توفي سنة ٢٠٠ هـ . الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٧/٢٤٠ ، تهذيب التهذيب ٩/١٣٤ ، الكاشف للذهبي ٣/٣٦ .

(٥) بشر بن جبلة روى عن زهير بن معاوية وعبد العزيز بن أبي رواد وغيرهم وروى عنه بقية ومحمد بن حمير . قال ابن أبي حاتم : سألت أبي عنه فقال : « مجهول » ضعيف الحديث . الجرح والتعديل ٢/٣٥٣ ، ميزان الاعتدال للذهبي ١/٣١٤ ، تهذيب التهذيب ١/٤٤٤ خلاصة تهذيب الكمال ١/١٢٥ .

(٦) سوار بن الأشعث روى عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة وروى محمد بن حمير عن بشر بن جبلة عنه . الجرح والتعديل ٤/٢٧٣ .

أحاديث منكير أباطيل^(١) وقال البيهقي : في إسناده سوار بن مصعب^(٢) وهو ضعيف^(٣) .

الدليل الثاني : عن ابن عباس قال : أتى النبي ﷺ رجل فقال : يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته ، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، قال : فصعد المنبر فقال : « يا أيها الناس ، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » . رواه ابن ماجه والبيهقي^(٤) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث فيقال : إن الطلاق لا يكون إلا بيد الزوج أو من يوكله الزوج فلا يجوز لأحد ولا للقاضي أن يفرق بينه وبين زوجته إلا فيما ثبت جوازه كأن يكون الزوج عني^(٥) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الحديث بأنه ضعيف^(٦) ، وعلى فرض صحته فإنه يحمل على من كان حاضرا أو معلوما مكانه ولا يتعذر حضوره ، فإن الطلاق يكون بيده وأما من غاب عن زوجته وتضررت بغيابه فإن الأمر موكل فيه إلى القاضي ، وضرر الغيبة أعظم من ضرر العنة فالفسخ أولى .

(١) علل الحديث لابن أبي حاتم ٤٣١/١ ، ٤٣٢ .

(٢) هو سوار بن مصعب الهمداني الكوفي أبو عبد الله الأعمى المؤذن ، قال البخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي : متروك ، وقال أبو داود : ليس بثقة ، وقال ابن معين : ليس بشيء ، كان يجيئنا إلى منزلنا ، وقال الإمام أحمد : متروك الحديث ، وقال أبو حاتم : متروك الحديث لا يكتب حديثه . تاريخ ابن معين ٢٤٣/٢ ، التاريخ الكبير للبخاري ١٦٩/٤ ، الجرح والتعديل ٢٧١/٤ ، ٢٧٢ ، ميزان الاعتدال للذهبي ٢٤٦/٢ ، لسان الميزان ١٢٨/٣ .

(٣) سنن البيهقي ٤٤٥/٧ وسند الحديث كما جاء في سنن البيهقي أخبرنا أبو الحسن علي بن أحمد بن عبد الله أنبأنا أحمد بن عبيد الصفار ، أنبأنا عن محمد بن الفضل بن جابر السقطي أنبأنا صالح بن مالك ، أنبأنا سوار بن مصعب أنبأنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة ... الحديث .

(٤) سنن ابن ماجه ٦٧٢/١ رقم الحديث ٢٠٨١ ، وسنن البيهقي ٣٦٠/٧ .

(٥) العنين هو العاجز عن الوطاء / انظر الإنصاف للمرداوي ١٨٦/٨ ، المطلع على أبواب المقنع ص ٣١٩ ، شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري ١٧٦/٣ ، ومغني المحتاج ٢٠٢/٣ ، وفتح القدير ٢٦٢/٣ .

(٦) سبب ضعفه أن في إسناده ابن لهيعة ، قال ابن معين : ضعيف لا يحتج به . وقال النسائي : ضعيف . قال في الزوائد : في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف . انظر سنن ابن ماجه ٦٧٢/١ ، وانظر تاريخ ابن معين ٣٢٧/٢ ، والضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٦٥ ، والكاشف للذهبي ١٣٢/٢ ، ولسان الميزان ٤٧٥/٢ ، وص ٢٤٢ من هذا البحث .

الدليل الثالث : عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضي الله عنه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها الموت أو طلاق^(١) .

وعن حماد بن أبي سليمان^(٢) قال : قال عمر في امرأة المفقود : تخير وقال علي : هي امرأته ، قال حماد : وعمر أحب إلي من علي ، وقول علي أعجب إلى من قول عمر^(٣) .
وجه الدلالة :

أن عليا رضي الله عنه يري أن امرأة المفقود لا تطلق حتى يأتيها موت أو طلاق ، وإذن فتطبيق القاضي غير نافذ أصلا ، ويعبر مردودا لعدم صحة تصرفه .
المناقشة :

وناقش ابن قدامة ما روي عن علي فقال : « ما روه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا ، والمسند عنه مثل قولنا ثم يحمل ما روه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بينه وبين ما روينا عنه »^(٤) .

الدليل الرابع : أن استصحاب الحال يوجب ألا تحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك ، ولم يثبت في الشرع أن الغياب سبب يبيح حل العصمة بين الزوجين^(٥) .

المناقشة :

ويمكن أن يجاب عن ذلك فيقال : إنه قد ثبت عن جمع من الصحابة فسخ النكاح لأجل الغياب وهم عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر^(٦) ، ولم ينكر ، وقد دل الدليل على منع الضرر قال صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »^(٧) وبقاء المرأة بدون زوج

(١) مصنف عبد الرزاق ٨٥/٧ .

(٢) هو حماد بن مسلم أبو إسماعيل الكوفي تفقه على إبراهيم النخعي وتفقه عليه أبو حنيفة توفي سنة ١٢٠ هـ / انظر الجواهر المضيئة ٢٢٦/١ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٨ .

(٣) المحلى ٤٠٨/١١ .

(٤) المغني ٤٩١/٧ .

(٥) انظر البحر الرائق لابن نجيم ١٧٨/٤٥ وتبيين الحقائق للزيلعي ٣١٠/٣ .

(٦) انظر مصنف عبد الرزاق ٨٥/٥ ، ٨٦ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٢٣٧/٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٤٥/٧ ، ٤٤٦ ، والمحلى لابن حزم ٤٠١/١١ ، ٤٠٢ ، وفتح الباري لابن حجر ٤٣١/٩٠ .

(٧) انظر في تخریج الحديث ص ١٤٤ من هذا البحث .

مدة طويلة فيه ضرر كبير لا تحتمله الطبيعة البشرية غالبا .

الدليل الخامس : أن النكاح حقه وهو حي فيبقى حقه حتى يثبت موته ، ولهذا لا يورث ماله للحال فكذلك لا يفرق بينه وبين زوجته^(١) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : إن المفقود حياته غير متيقنة وإلا لعلم خبره بل الغالب فيه الهلاك وبقاء زوجته تنتظر سنين طويلة لا أيما ولا ذات زوج فيه مشقة وضرر كبير والشريعة لا تقر الضرر بل تأمر برفعه بخلاف بقاء المال فإنه لا ضرر فيه .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو مذهب الحنابلة ومن وافقهم من القائلين بأن تصرف القاضي بتطليق امرأة المفقود ، يكون موقوفا على إذنه لقوة أدلته ، ولأن جماعة من الصحابة^(٢) عملوا به كما أن فيه مراعاة لكلا الجانبين فإن المرأة لو قلنا ببقائها دون زوج فقد يكون الزوج ميتا وانتظارها له السنين الطويلة لا أيما ولا ذات زوج فيه ضرر ومشقة عليها ، والزواج يخير - إذا قدم - بين امرأته وبين صداقه .

المبحث الخامس : إسلام أحد الزوجين قبل الآخر بعد الدخول

إذا أسلم أحد الزوجين قبل الآخر بعد الدخول فإن كان هناك مانع من استدامة النكاح من نسب أو رضاع فرق بينهما^(٣) ، وإن لم يكن ثم مانع فقد اختلف العلماء في حكم عقد النكاح وسنفصل آراءهم في ذلك :

١ - مذهب الحنفية : يرى علماء الحنفية أن الزوجين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر فإن كان الزوج هو المسلم ، وزوجته من أهل الكتاب استمر النكاح بينهما ، وإن كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ،

(١) تبين الحقائق للزيلعي ٣/٣١١ « بتصرف » .

(٢) انظر ص ٤٢٤ من هذا البحث .

(٣) انظر حاشية أحمد الشلبي على تبين الحقائق ٢/١٧٤ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٦٩ ، وشرح التنوخي على رسالة ابن أبي زيد ٢/٤٧ ، وشرح زروق على رسالة ابن أبي زيد ٢/٤٧ ، ونهاية المحتاج للرملي ٦/٢٨٩ ، والمهذب للشيرازي ٢/٥٣ ، والمبدع لابن مفلح ٧/١١٨ .

وإن أسلمت المرأة والزوج من أهل الكتاب ، أو من غير أهل الكتاب ، فهي امرأته حتى يعرض عليه الإسلام فإن أسلم وإلا فرق بينهما ، جاء في المبسوط « لو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقي النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لأن ابتداء النكاح صحيح بعد إسلام الرجل ، فلأن يبقى أولى ، وإن كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ، وكذلك إن كانت المرأة هي التي أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليه الإسلام فإن أسلم وإلا فرق بينهما ، ويستوي إن كان دخل بها أو لم يدخل بها عندنا »^(١) .

ويري أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن الحرية إذا أسلمت في دار الحرب وزوجها كافر أنها امرأته ما لم تحض ثلاث حيض أو تخرج إلى دار الإسلام فإنها تبين به من زوجها ، جاء في شرح معاني الآثار « وأبو حنيفة وأبو يوسف ، ومحمد يقولون في الحرية إذا أسلمت في دار الحرب وزوجها كافر : إنها امرأته ما لم تحض ثلاث حيض أو تخرج إلى دار الإسلام ، فأى ذلك كان بانت به من زوجها »^(٢) .

٢ - مذهب المالكية : يرى علماء المالكية أن إسلام أحد الزوجين قبل الآخر بعد الدخول لا يخلو من أمرين :

(١) ٤٥/٥ ، وجاء في البدائع للكاساني ٣٣٦/٢ « الزوجان الكافران إذا أسلم أحدهما في دار الإسلام ، فإن كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله ، لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا قاءه ، وإن أسلمت المرأة لا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا ، ولكن يعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم بقيا على النكاح ، وإن أبى الإسلام ، فرق القاضي بينهما ، لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ، وإن كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما أيهما كان يعرض الإسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا ، فإن أسلم فهما على النكاح وإن أبى الإسلام فرق القاضي بينهما » .

وانظر : مختصر الطحاوي ص ١٧٩ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٧٤/٢ وحاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق ١٧٤/٢ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٨٢/١ ، وكشف الحقائق ١٨٢/١ ، ١٨٣ ، وفتح القدير لابن الهمام ٥٠٦/٢ ، ٥٠٧ ، والعناية للبابرتي بهامش فتح القدير ٥٠٦/٢ ، والاختيار لتعليق المختار للموصلي ١١٤/٣ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣٧٠/١ ، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام ٣٠٤/١ ، وغنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام للشرنبلالي (بالhashية) . وكنز البيان مختصر توفيق الرحمن على متن الكنز لمصطفى الطائي ص ٦٢ .

(٢) ٢٥٩/٣ ، وانظر الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن ٣٥٣/٣ .

إما أن تسلم الزوجة قبل زوجها أو يسلم الزوج قبل زوجته .
فإن أسلمت الزوجة قبل زوجها ، فإن أسلم الزوج في عدتها كانت زوجته وإن لم
يسلم في عدتها لم تكن زوجته .

وإن أسلم الزوج قبل زوجته فإن كانت كتابية استمر النكاح بينهما ، وإن لم تكن
كتابية ، فإن أسلمت بقرب^(١) إسلامه استمر النكاح بينهما وإن تطاول ذلك انفسخ
النكاح ، وروي أنها إن أسلمت في عدتها كان أحق بها وإن انتهت عدتها بانت منه ، جاء
في أصول الفتيا « إذا أسلمت وكانت على غير دين الإسلام فإن زوجها أحق بها إن أسلم
في عدتها كتابيا كان أو مجوسيا ، وإن أسلم الزوج ولم تسلم المرأة فإن كانت كتابية بقيت
تحتها كما كانت ، وإن كانت مجوسية فإن أسلمت بقرب إسلامه ثبت النكاح ، وإن تطاول
ذلك انفسخ النكاح ، وقد ذكر بعض الرواة أنها إن أسلمت في عدتها كان أحق بها وإن
انقضت عدتها بانت منه »^(٢) .

٣ - مذهب الشافعية : يرى علماء الشافعية أن الزوجين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر
فإن كان المسلم هو الزوج ، وزوجته كتابية استمر النكاح بينهما ، وإن لم تكن كتابية
أو أسلمت هي قبل زوجها سواء كانت كتابية أو غير كتابية فإن عقد النكاح يكون

(١) لم يقدر المالكية للقرب حدا معينا لكن يرى ابن القاسم أن الشهر أو أكثر منه بقليل يعتبر قريبا وليس بطويل .
انظر المدونة ٢/٢١٢ ، والتاج والإكليل للمواق ٣/٤٧٨ .

(٢) ص ١٧٤ وجاء في الكافي لابن عبد البر ٢/٥٤٩ ، ٥٥٠ « إذا أسلم الكتابي قبل زوجته الكتابية ثبتا على نكاحهما
لأنه يحل له في الإسلام نكاحها ، فإن كانت غير كتابية وقعت الفرقة بينهما إلا أن تسلم عقب إسلامه فور ذلك ،
فإن كان ذلك ثبتا أيضا على نكاحهما ، وإن لم تسلم بإثر إسلامه وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ، وإذا أسلمت المرأة
قبل زوجها كتابي أو غير كتابي فإن أسلم زوجها في عدتها فهو أحق بها من غير رجعة ولا صداق وإسلامه في عدتها
كرجعة المطلقة للسنة » .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٧ « إذا سبق الزوج إلى الإسلام أقر على الكتابية ، ويقر على غيرها
إذا أسلمت بإثره ، وإن سبقت هي فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة ، وإن كان بعده ثم أسلم في العدة ثبت وإلا
بانت » .

وانظر : المدونة للإمام مالك ٢/٢١٢ ، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/١٠٤ ، وحاشية الدسوقي على الشرح
الكبير ٢/٢٦٩ ، والتاج والإكليل للمواق ٣/٤٧٨ ، ومواهب الجليل للحطاب ٣/٤٧٨ ، والشرح الصغير على
أقرب المسالك للدردير ٢/٤٢٢ ، وشرح زروق على رسالة ابن أبي زيد ٢/٤٧ ، وشرح التنوخي على رسالة ابن
أبي زيد ٢/٤٧ ، والفواكه الدواني للنفاوي ٢/٢٧ ، وشرح الخرشني على خليل ٣/٢٢٧ ، وحاشية العدوي عليه
٢/٦٥ ، وأسهل المدارك للكشناوي ٢/١٤٠٢ ، وجواهر الإكليل ١/٢٩٦ .

موقوفا على انقضاء العدة ، فإن أسلم المتأخر قبل انقضاء العدة فالزواج باق على حاله ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بينهما . جاء في مغني المحتاج « إذا أسلم كافر أو غيره كمجوسي ووثني وتحت كتابية دام نكاحه بالإجماع ، وإن أسلم وتحت وثنية أو مجوسية أو كتابية لا يحل ابتداء العقد عليها فتخلفت بعد الدخول وأسلمت في العدة ولو تبعا دام نكاحه ، وإن أصرت إلى انقضائها فالفرقة بينهما حاصلة من حين إسلامه ، ولو أسلمت زوجته وأصر الزوج على كفره فكما لو أسلم وأصرت هي وقد علم حكمه » (١) .

٤ - مذهب الحنابلة : إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فإن كانت الزوجة كتابية وأسلم زوجها استمر النكاح بينهما ، وإن لم تكن كتابية أو أسلمت هي قبل زوجها سواء كانت كتابية أو غير كتابية ففي المذهب روايتان .
إحداهما : تتعجل الفرقة .

والثانية : تقف الفرقة على انقضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل أن تنقضي العدة فهما على نكاحهما ، وإن انقضت ولم يسلم وقعت الفرقة من حين إسلام الأول ، جاء في الهداية لأبي الخطاب « إذا أسلمت زوجة الكتابي أو أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين .. فإن كان الإسلام بعد الدخول تعجلت الفرقة في إحدى الروايتين وفي الأخرى تقف الفرقة على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل أن تنقضي العدة فهما

(١) ١٩١/٣ (بتصرف) وجاء في المذهب للشيرازي ٣٥/٢ « إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني فإن كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة . وجاء في الإقناع للماوردي ص ١٣٨ « إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين قبل الدخول بطل النكاح ، وإن أسلم بعده وقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم المتأخر منهما بعد الشرك قبل انقضائها كانا على النكاح وإن أسلم بعد انقضائها بطل النكاح » . وجاء في روضة الطالبين للنووي ١٤٣/٧ « إذا أسلم وتحت أربع كتابيات أو أقل استمر نكاحهن لأنه يجوز ابتداءه في الإسلام ، وإن أسلم وتحت مجوسية أو وثنية أو غيرها ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات وتخلفت هي فإن كان قبل المسيس تنجزت الفرقة وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة استمر النكاح وإلا تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج ، وإن أسلمت المرأة وأصر الزوج على كفره أي كفر كان فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن » . وانظر الوجيز للغزالي ١٤/٢ ، وشرح روض الطالب لتركيا الأنصاري ١٦٢/٣ ، وفتح الجواد لابن حجر الهيتمي ٩٤/٢ ، والأنوار لأعمال الأبرار ١٠٧/٢ ، ونهاية المحتاج للرملي ٢٨٩/٦ ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٧٦/٣ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢٠٠/٤ .

على نكاحهما وإن انقضت ولم يسلم وقعت النفقة من حين إسلام الأول»^(١).

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن الزوجة إذا كانت كتابية وأسلم زوجها إن النكاح يستمر بينهما ، وإن لم تكن كتابية أو أسلمت هي سواء كانت كتابية أو غير كتابية والزوج كافر أن النكاح يكون موقوفاً فإن أسلم قبل انقضاء العدة فهي زوجته ، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وإن أحببت انتظرته فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح ، وكذا إن أسلم قبلها فمتى أسلمت فالنكاح باق ما لم تنكح غيره ، والأمر إليها لا حكم له عليها . جاء في زاد المعاد « أحد الزوجين إذا أسلم قبل الآخر لم يفسخ النكاح بإسلامه فرقت الهجرة بينهما أو لم تفرق ، والنكاح موقوف فإن أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته ، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وإن أحببت انتظرته فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح ، ولا نعلم أحداً جدد للإسلام نكاحه ألبتة ، بل كان الواقع أحد أمرين إما افتراقهما ونكاحها غيره ، وإما بقاؤها عليه وإن تأخر إسلامها أو إسلامه »^(٢).

(١) ٢٥٦/١ ، وجاء في المغني لابن قدامة ٦١٤/٦ ، ٦١٥ ، ٦١٦ « إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي تزوج بوثنية أو مجوسية .. فإن كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان إحداهما : يقف على انقضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلاف الدينين فلا يحتاج إلى استئناف العدة . وهذا قول أبي ثور والليث والحسن بن صالح والأوزاعي والشافعي وإسحاق ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن . والرواية الثانية تتعجل الفرقة وهو اختيار الخلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر .. وانظر الكافي لابن قدامة ٦٩٨/٢ ، والشرح الكبير لأبي الفرج المقدسي ٢٧١/٤ ، والفروع لابن مفلح ٢٤٧/٥ ، والمبدع ١١٨/٧ ، والمحرم في الفقه لأبي البركات ٢٨/٢ ، والعدة في شرح العمدة ٣٨٥ ، والإقناع للحجاوي ٢٠٠٤/٣ ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٢١٣/٨ ، وكشاف القناع للبهوتي ١١٩/٥ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٧/٣ ، ونيل المآرب بشرح دليل الطالب ٧١/١ ، ٧٢ ، ومطالب أولي النهى للرحياني السيوطي ١٥٩/٥ .

(٢) ١٨/٤ ، ١٩ وجاء في أحكام أهل الذمة ٣٢٠/١ ، ٣٢١ « قال حماد بن سلمة عن أيوب وقتادة كليهما عن محمد بن سيرين عن عبد الله بن يزيد الخطمي : إن نصرانياً أسلمت امرأتها فخيرها عمر بن الخطاب رضي الله عنه إن شاءت فارقته وإن شاءت أقامت عليه ، وليس معناه أنها تقيم تحته وهو نصراني بل تنتظر وتربص فمتى أسلم فهي امرأته ، ولو مكثت سنين وهذا قول سادس ، وهو أصح المذاهب في هذه المسألة ، وهو اختيار شيخ الإسلام ، وانظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٤٦/٤ ، ٥٤٧ ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٢١٣/٨ .

٥ - رأي النخعي والشعبي ، وابن شبرمة^(١) ، وداود الظاهري ، وابن حزم :

اختلفت الرواية عن إبراهيم النخعي رحمه الله في حكم إسلام الزوجة قبل زوجها فقد روي أنهما يقران على نكاحهما^(٢) ، وروي أن الزوج أحق بزواجه ما لم يخرجها من مكان إقامتها^(٣) ، وروي أنه يعرض للإسلام على زوجها فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى أن يسلم فرق بينهما وكانت فرقتهما تطليقة بائة^(٤) .

ويرى الشعبي أن الزوجين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر فإن الزوج أحق بها ما دامت في المصر^(٥) .

ويرى ابن شبرمة أن الزوج إذا أسلم وهي وثنية فإن أسلمت قبل تمام العدة فهي امرأته ، وإن لم تسلم حتى انقضت العدة تقع الفرقة بينهما ، وإن أسلمت هي تقع الفرقة في الحالين^(٦) .

ويرى داود الظاهري أن العقد يستمر بينهما إلا أن الزوج يمنع من وطئها^(٧) .

ويرى ابن حزم أن الزوج إذا أسلم فإن كانت زوجته كتابية استمر النكاح بينهما ، وإن لم تكن كتابية أو أسلمت هي قبل زوجها سواء كانت كتابية أو غير كتابية فإن العقد يفسخ بينهما في الحال^(٨) .

(١) هو أبو شبرمة عبد الله بن حسان بن المنذر الضبي الكوفي ولد سنة ٧٢ هـ وهو ثقة في الحديث ، علم في الفقه توفي سنة ١٤٤ هـ . ميزان الاعتدال ٤٣٨/٢ ، تهذيب التهذيب ٢٥٠/٥ .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٩٢/٥ ، المحلى لابن حزم ٥٠٣/٧ ، المغني لابن قدامة ٦١٧/٦ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٢١/١ .

(٣) مصنف عبد الرزاق ١٧٥/٧ .

(٤) موطأ مالك برواية محمد بن الحسن ص ٢٠٥ .

(٥) مصنف ابن أبي شيبة ٩٢/٥ .

(٦) المحلى لابن حزم ٥٠٢/٧ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٢٠/١ .

(٧) المحلى لابن حزم ٥٠٣/٧ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٢١/١ .

(٨) جاء في المحلى ٥٠٠/٧ « أيما امرأة أسلمت ولها زوج كافر ذمي أو حرني فحين إسلامه انفسخ نكاحها منه سواء أسلم بعدها بطرفة عين أو أكثر أو لم يسلم ولا سبيل له عليها إلا بابتداء نكاح برضاها ، وإلا فلا ، فإن أسلم هو قبلها فإن كانت كتابية بقيا على نكاحهما أسلمت هي أو لم تسلم وإن كانت غير كتابية فساعة إسلامه قد انفسخ نكاحها منه أسلمت بعده بطرفة عين فأكثر لا سبيل له عليها إلا بابتداء نكاح برضاها إن أسلمت وإلا فلا سواء حربيين أو ذميين كانا » .

ويتبين مما سبق أن العلماء متفقون على أن الزوج إذا أسلم وزوجته كتابية أن العقد يستمر بينهما لأن ابتداء النكاح صحيح بعد إسلام الرجل فبقاؤه أولى ، وإن كانت الزوجة غير كتابية ، أو أسلمت الزوجة قبل زوجها فإن للعلماء في حكم النكاح ستة أقوال :

القول الأول : أن الإسلام يعرض على من لم يسلم ، فإن أسلم بقي العقد وإن أبي من تأخر عن الإسلام أن يسلم فرق القاضي بينهما ، وهو مذهب الحنفية ورواية عن النخعي في حالة إسلام المرأة قبل زوجها .

القول الثاني : أن العقد موقوف على انقضاء العدة فإن أسلم المتأخر قبل انقضاء العدة فالزواج باق بحاله ، فإن لم يسلم حتى انقضت العدة بطل العقد ووقعت الفرقة بينهما ، وبهذا قال الشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين ، وبه قال المالكية في حالة إسلام الزوجة دون زوجها ، وابن شبرمة في حال إسلام الزوج دون زوجته .

القول الثالث : أن العقد يستمر وتقيم الزوجة عنده ، وبه قال إبراهيم النخعي - في رواية عنه - وداود الظاهري إلا أنه قال : يمنع من وطئها .

القول الرابع : أن الزوجين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر فإن الزوج أحق بزواجه ما لم تخرج من مكان إقامتها ، وبهذا قال الشعبي ، والنخعي في رواية عنه .

القول الخامس : أن العقد يفسخ ، وبهذا قال الحنابلة في إحدى الروايتين وابن حزم الظاهري ، وابن شبرمة في حالة إسلام الزوجة دون زوجها ، والمالكية في حالة إسلام الزوج دون زوجته إلا أن تسلم بقرب إسلامه فإن العقد يستمر بينهما ، وإن تطاول ذلك انفسخ .

القول السادس : أن النكاح موقوف فإن أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت وإن أحببت انتظرته فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح . وكذا إن أسلم قبلها فمتى أسلمت فالنكاح باق ما لم تنكح غيره ، وبهذا قال ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه من أن الإسلام يعرض على المتأخر عن الإسلام فإن أسلم وإلا فرق بينهما بما يأتي :

الدليل الأول : من الآثار : استدل الحنفية بآثار رويت عن عمر رضي الله عنه وهي :

أ - عن أبي إسحاق الشيباني^(١) عن السفاح^(٢) عن داود بن كردوس^(٣) قال : كان رجل منا من بني تغلب^(٤) نصراني ، تحته امرأة نصرانية فأسلمت فرفعت إلى عمر رضي الله عنه فقال له : « أسلم وإلا فرقت بينكما » فقال له : لم أدع هذا إلا استحياء من العرب أن يقولوا إنه أسلم على بضع امرأة ، قال : ففرق عمر بينهما^(٥) .

ب - عن الثوري عن سليمان الشيباني^(٦) أنه قال : أنبأني ابن المرأة التي فرق بينهما عمر حين عرض عليه الإسلام فأبى ففرق بينهما^(٧) .

(١) أبو إسحاق الشيباني هو سليمان بن أبي سليمان واسمه فيروز وقيل خاقان ويقال عمرو ، قال الجوزجاني : رأيت أحمد يعجبه حديث الشيباني وقال : هو أهل آل اندع له شيئاً ، قال أبو حاتم : ثقة صدوق الحديث . توفي سنة ١٢٩ وقيل سنة ١٣٨ وقيل سنة ١٣٩ هـ .

الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ١٣٥/٤ ، والكاشف للذهبي ٣٩٥/١ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ١٩٧/٤ .
(٢) السفاح بن مطر الشيباني : مجهول روى عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد ، وداود بن كردوس التغلبي ، وعنه أبو إسحاق الشيباني والعوام بن حوشب ، ذكره ابن حبان في الثقات . انظر الثقات لابن حبان ٤٣٥/٦ ، تهذيب التهذيب ١٠٦/٤ .

(٣) داود بن كردوس التغلبي (مجهول) له عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره ابن حبان في الثقات وقال : عداؤه في أهل الكوفة وروى عنه السفاح بن مطر . أ . هـ .

الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٤٢٣/٣ ، والثقات لابن حبان ٢١٦/٤ ، لسان الميزان لابن حجر ٤٢٥/٢ رقم الترجمة ١٧٤٧ .

(٤) هو عبادة ، أو عباد بن النعمان التغلبي كما ورد مصرحاً به في المحلى ٥٠٤/٧ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٩٠/٥ ، ٩١ .

(٥) شرح معاني الآثار للطحاوي ٢٥٩/٣ .

(٦) هو أبو إسحاق وقد تقدمت ترجمته .

(٧) مصنف عبد الرزاق ١٧٤/٧ ، رقم ١٢٦٥٥ .

ج - أن دهقانة^(١) أسلمت فأمر عمر رضي الله عنه أن يعرض للإسلام على زوجها
فإن أسلم وإلا فرق بينهما^(٢) .

وجه الدلالة من هذه الآثار :

أن عمر رضي الله عنه عرض الإسلام على الأزواج لأن نساءهم أسلمن ، ولم
يسلموا ، وقد وقع التصريح بأن عمر رضي الله عنه نزع المرأة ممن أبى الإسلام ، فدل
ذلك على أن إسلام أحد الزوجين قبل الآخر لا يكون سببا للفرقة ما لم يعرض على المتأخر
منهما الإسلام ، وقد فعل عمر رضي الله عنه ذلك ولم ينكر عليه فكان إجماعا^(٣) .

المناقشة :

ونوقشت هذه الآثار بأنها غير صحيحة لأن في إسنادها أبا إسحاق الشيباني وهو لم
يدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، والسفاح ، وداود بن كردوس مجهولان^(٤) .
وعلى فرض التسليم بصحتها فيمكن أن توجه هذه الآثار بأن عمر لم يأمر بالفرقة فيما
روي إلا بعد أن اختارت المرأة بعد أن أبى زوجها أن يسلم وانتهت عدتها منه ، أو أن
المراد من التفريق ألا يقربها وهو كافر ، أو لعل عمر رضي الله عنه رأى المصلحة في
التفريق ، ومن المعلوم أن للإمام ذلك إذا رأى المصلحة لأن عقد النكاح أصبح بعد إسلام
المرأة وانتهاء عدتها جائزا لا لازما .

وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه روي عنه خلافة فعن عبد الله بن يزيد
الخطمي^(٥) قال : أسلمت امرأة من أهل الحيرة ، ولم يسلم زوجها فكتب فيها عمر بن

(١) دهقانة : الدهقان بكسر الدال وضمها ، الكبير من كفار العجم ، وكانت تستنكف من هذا الاسم ، ثم قيل
لكل من له عقار كثير دهقان واشتقوا منه الدهقنة ، وتدهقن ، ويقال للمرأة دهقانة على القياس . انظر المغرب في
ترتيب المغرب للمطرزي ص ١٨٨ .

(٢) المبسوط للسرخسي ٤٦/٥ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٧/٢ .

(٤) المحلى لابن حزم ٥٠٤/٧ ، المغني في الضعفاء للذهبي ٢٢٠/١ ، لسان الميزان لابن حجر ٤٥٥/٢ ، تهذيب
التهذيب لابن حجر ١٠٦/٤ .

(٥) عبد الله بن يزيد بن زيد بن حصين بن عمرو بن الحارث بن خطمة الأنصاري ، شهد الجمل وصفين مع علي
وكان أميرا على الكوفة ، روى عن النبي ﷺ وابن مسعود وقيس بن عباد وعن كتاب عمر بن الخطاب ، قيل : =

الخطاب رضي الله عنه ، أن خيروها فإن شاءت فارقت وإن شاءت قرت عنده^(١) .
وأما دعوى عدم إنكار الصحابة رضي الله عنهم ذلك ، فدعوى غير صحيحة فقد خالف بعض الصحابة رضي الله عنهم ، فمن ذلك ما روي عن علي أنه قال : أحق بها ما لم يخرجها من مصرها^(٢) .

الدليل الثاني : من المعقول أنه لا بد من سبب تبني عليه الفرقة بين الزوجين بعد إسلام أحدهما ، والإسلام سبب لثبوت العصمة لا لانقطاعها ، فلا يصلح أن يكون سببا ، ولا يصلح أن يكون الكفر ؛ لأن الكفر كان موجودا منهما ولم يمنع ابتداء النكاح فمن باب أولى لا يمنع البقاء لأنه أسهل وأولى ، فلم يبق إلا إصرار المصير على الكفر فإنه مفوت لمقاصد النكاح ، لأن مقاصد النكاح لا تحصل إلا بالاستفراش والكافر لا يمكن من استفراش المسلمة ، والمسلم لا يحل له استفراش المشتركة والجوسية لخبثتهما ، فلم يكن في بقاء هذا النكاح فائدة فيفرق القاضي بينهما عند إباء الإسلام لأن اليأس عند حصول المقاصد يحصل عنده^(٣) .

المناقشة :

ونوقش هذا الدليل بأن دعوى تعين إباء من عرض عليه الإسلام سبب للفرقة غير صحيح ، فإنه من الممكن إضافة الفرقة إلى إسلام المسلم لا لأنه اعتنق الإسلام ، بل باعتبار ما يترتب على ذلك من تفويت لمقاصد الزواج المشروع لأجلها في الأصل ودعوى أن الكفر غير مانع من ابتداء النكاح غير مسلم ، فإنه مانع من ابتدائه ، كما إذا كانت الزوجة مشركة والزوج مسلما ، أو كانت الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم ، ولا

= له صحبة ، وقيل ليست له صحبة قال أبو حاتم : روى عن النبي ﷺ وكان صغيرا في عهده ، فإن صححت روايته فذاك . وقال صفي الدين الخزرجي : شهد الحديبية وهو ابن سبع عشرة سنة ، وروى له البخاري حديثين . انظر الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ١٩٧/٤ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٧٨/٦ ، ٧٩ ، وخلاصة تهذيب تهذيب الكمال لصفى الدين الخزرجي ١١١/٢ .

(١) مصنف عبد الرزاق ١٧٥/٧ رقم ١٢٦٦١ .

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٧٥/٧ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٩١/٥ ، ٩٢ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٧/٢ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٤/٢ ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٢٦/٣ ، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١١٣/٣ .

يضر كون الاختلاف غير مانع كاختلاف المسلم والكتابية لأن هذا خارج عن محل الخلاف فلا يكون مناقضا^(١) ، لكننا لم نعتبر إسلام أحدهما ولا بقاء الآخر على الكفر موجبا للفرقة في الحال لأن الرسول ﷺ كان يقر الزوجين على نكاحهما وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر^(٢) ، بعد صلح الحديبية وزمن الفتح ، وإقرار الرسول ﷺ دليل الجواز^(٣) .

أدلة القول الثاني : استدل القائلون بأن عقد النكاح موقوف على انقضاء العدة بما يأتي :

الدليل الأول : عن ابن شهاب قال : كان بين إسلام صفوان بن أمية^(٤) وامرأته بنت الوليد بن المغيرة^(٥) نحو من شهر ، أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حيننا والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح^(٦) .

-
- (١) انظر العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين د . بدران ص ١٠١ .
(٢) ليس معناه أن المسلمة تقيم تحت الكافر وهو غير مسلم بل تنتظر وتترص فمتى أسلم فهي امرأته ولو مكثت سنين . أحكام أهل الذمة ٣٢٠/١ .
(٣) زاد المعاد لابن القيم ١٩/٤ .
(٤) صفوان بن أمية بن خلف القرشي أبو وهب ، وقيل أبو أمية قتل أبوه يوم بدر ، وكان كافرا ، وأسلم هو بعد الفتح ، وكان من المؤلفة ، وشهد اليرموك روى عن النبي ﷺ وكان من الأشراف في الجاهلية والإسلام توفي سنة ٤٢ هـ . أسد الغابة لابن الأثير ٢٢/٣ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٤٢٤/٤ .
(٥) بنت الوليد بن المغيرة : هي عاتكة ، أخت خالد بن الوليد ، وهي امرأة صفوان بن أمية ، وكان عند صفوان ست نسوة إحداهن عاتكة ، فلما أسلم طلق منهن اثنتين ، وبقيت عاتكة فطلقها أيام عمر بن الخطاب رضي الله عنه . أسد الغابة لابن الأثير ٧٠١/٥ والإصابة لابن حجر ٣٥٨/٢ .
(٦) الحديث أخرجه مالك في الموطأ ٥٤٣/٢ ، ٥٤٤ عن ابن شهاب أنه بلغه أن نساء كنّ في عهد رسول الله ﷺ يسلمن بأرضهن وهن غير مهاجرات ، وأزواجهن حين أسلمن كفار منهن بنت الوليد بن المغيرة وكانت تحت صفوان ابن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فبعث إليه رسول الله ﷺ ابن عمه وهب ابن عمير برداء رسول الله ﷺ أمانا لصفوان بن أمية ودعاه رسول الله ﷺ إلى الإسلام وأن يقوم عليه فإن رضي أمرا قبله وإلا سيره شهرين ، فلما قدم صفوان على رسول الله ﷺ ناداه على رؤوس الناس فقال : يا محمد إن هذا وهب بن عمير جاءني بردائك وزعم أنك دعوتني إلى القدوم عليك ، فإن رضيت أمرا قبلته ، وإلا سيرتني شهرين ، فقال رسول الله ﷺ : « انزل أبا وهب » فقال : لا والله لا أنزل حتى تبين لي فقال رسول الله ﷺ : « بل لك تسير أربعة أشهر » ، فخرج رسول الله ﷺ قبل هوازن بحنين فأرسل إلى صفوان بن أمية يستعيره أداة وسلاحا =

الدليل الثاني : عن ابن شهاب أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام^(١)، وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل^(٢)، أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن ، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن ، فدعته إلى الإسلام فأسلم ، وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح ، فلما رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحا وما عليه رداء حتى بايعه فثبنا على نكاحهما ذلك .

قال ابن شهاب : « ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الحرب إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها »^(٣) .

توجيه الاستدلال :

في هاتين الروایتين دلالة على أن الإسلام غير موجب لفسخ النكاح ، وإلا لفرق الرسول ﷺ بين صفوان وامرأته حين أسلمت قبله ، وبين أم حكيم وزوجها عكرمة ،

= عنده ، فقال صفوان : أطوعا أم كرها ؟ فقال : « بل طوعا » ، فأعاره الأداة والسلاح التي عنده ، ثم خرج صفوان مع رسول الله ﷺ وهو كافر فشهد حنيئا والطائف وهو كافر ، وامرأته مسلمة ولم يفرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . هـ .

قال ابن عبد البر ، عن هذا الحديث : لا أعلمه يتصل من وجه صحيح وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير وابن شهاب إمام أهلها وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله ، كما أخرجه البيهقي عن مالك ، انظر السنن الكبرى ١٨٦/٧ - ١٨٧ .

(١) أم حكيم بنت الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومية زوج عكرمة بن أبي جهل أسلمت في الفتح وكان زوجها فرأى إلى اليمن ، وتوجهت إليه بإذن من النبي ﷺ فحضر معها وأسلم ثم خرجت معه إلى غزو الروم فاستشهد فتزوجها خالد بن سعيد بن العاص ، فلما كانت وقعة مرج الصفر ، أراد خالد أن يدخل بها ، فقالت : لو تأخرت حتى يهزم الله هذه الجموع ، فقال : إن نفسي تحدثني أنني أقتل ، قالت : فدونك . فأعرس بها عند القنطرة ، فعرفت بها بعد ذلك فقبل لها قنطرة أم حكيم ، ثم أصبح فأولم عليها فما فرغوا من الطعام حتى وافتهم الروم ووقع القتال فاستشهد خالد ، وقاتلت أم حكيم يومئذ فقتلت سبعة بعنود الفسطاط الذي عرس بها خالد فيه . الطبقات الكبرى لابن سعد ٢٦١/٨ ، أسد الغابة لابن الأثير ٥٧٧/٥ ، الاستيعاب لابن عبد البر ١٩٣٢/٤ .

(٢) هو عكرمة بن أبي جهل بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم القرشي المخزومي كنيته أبو عثمان كان شديد العداوة لرسول الله ﷺ ، وأسلم بعد الفتح بقليل واستعمله الرسول ﷺ على صدقات هوازن عام حج وخرج إلى قتال أهل الردة استشهد بأجنادين ، وقيل يوم اليرموك وقيل يوم الصفر . أسد الغابة لابن الأثير ٧٠/٤ - ٧٣ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٤٩٦/٢ .

(٣) موطأ مالك ٥٤٤/٢ .

لكن ترك الرسول ﷺ لهما على نكاحهما دليل على الانتظار بالتفريق مدة ، وقد بينها ابن شهاب في قوله « إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها » وإذا كان هذا هو حكم إسلام الزوجة قبل زوجها ، فإن إسلام الزوج قبل زوجته غير الكتابية أولى بالحكم لأنه أقل خطرا وضرا^(١) .

المناقشة :

ونوقش الاستدلال بهذين الدليلين بما يأتي :

أولا : أن ما رواه مالك عن ابن شهاب مرسل ، ومراسيل ابن شهاب لا يحتج بها^(٢) . وأجيب عن ذلك بأن حديث ابن شهاب هذا وإن كان مرسلا ومراسيل ابن شهاب لا يحتج بها غير أن هاتين القصتين قصة صفوان بن أمية ، وقصة عكرمة قد شهرتا وتواتر خبرهما فكان ذلك يقوم مقام الإسناد المتصل^(٣) .

ثانيا : أنه ليس في هذين الدليلين ذكر للعدة وإنما في أحدهما بيان للمدة بين إسلام صفوان وإسلام زوجته وهي نحو من شهر ، وليس في هذا البيان دلالة على أن صفوان لو أسلم بعد هذه المدة لم يقر على نكاحه .

ثالثا : أن ابن شهاب قد روى عنه ما يخالف ذلك فقد روي عبد الرزاق عن ابن جريج أنه قال : كان ابن شهاب يقول : يخير زوجها إذا أسلمت قبله فإن أسلم فهي امرأته وإلا فرق الإسلام بينهما^(٤) .

الدليل الثالث : ما روي عن ابن شبرمة أنه قال : كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما^(٥) .

المناقشة : وأجيب عن هذا الأثر بأنه منقطع^(٦) فلا يصح الاحتجاج به ولو سلمنا

(١) العلاقات الاجتماعية د . بدران ص ١٠١ .

(٢) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ١٧٢/١ ، ١٧٣ ، والمنتقى للباجي ٣٤٣/٣ .

(٣) المنتقى للباجي ٣٤٣/٣ .

(٤) مصنف عبد الرزاق ١٧٢/٧ ، ١٧٤ رقم ١٢٦٥٠ ، ١٢٦٥٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٦١٦/٦ .

(٦) سبب انقطاعه أن ابن شبرمة لم يدرك عمر بن الخطاب فقد ولد ابن شبرمة سنة ٧٢ هـ بينما توفي عمر سنة

٢٣ هـ - انظر الاستيعاب ١١٤٤/٣ ، وتهذيب التهذيب ٢٥١/٥ .

بصحته فقد روي عن ابن شبرمة ما يخالفه^(١) .

الدليل الرابع : عقلي : أننا قد ضمنا بعقد الذمة ألا نتعرض لهم في الإيجابار على الإسلام ، وذلك يقطع ولاية الإيجابار ، والتفريق عندنا بالإسلام ، ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين إذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح ، وبعد الدخول النكاح متأكد ، فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم إليه ما يؤثر في الفرقة وهو انقضاء العدة^(٢) .

الناقشة : ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : سلمنا أن النكاح قبل الدخول ينقطع بنفس اختلاف الدين لأنه غير متأكد ، لكن لا نسلم أنه يرتفع بانقضاء العدة ، إذ لا دليل على ذلك ، لكن النكاح بعد انقضاء العدة يكون جائزاً لا لازماً فإن شاءت الزوجة انتظرت زوجها وإن شاءت فارقت .

الدليل الخامس : للمالكية^(٣) ، قال أبو الوليد الباجي^(٤) : « الدليل على ما نقوله أن العدة مدة ضربت في المدخول بها ليعلم ما أوقعه الزوج من الطلاق هل هو بائن أو غير بائن ، فكذلك إسلام المرأة قبل زوجها فإذا أسلم الزوج في عدتها علمنا أن إسلام الزوجة لا يؤثر فرقة وإنما يؤثر تصحيح العقد وإثباته فبقيا على ما كانا عقداه من النكاح ، وأسلما عليه فلا معنى لرجعته ولا ما يقوم مقامها لأن نكاحها لم يطرأ عليه إلا ما أثر فيه تصحيحا وتبييناً ، وإن لم يتعقبه إسلام الزوج علمنا أن إسلام الزوجة قد وقعت به الفرقة^(٥) » .

(١) زاد المعاد لابن القيم ٢٠/٤ ، ومعالم السنن للخطابي ١٥٠/٣ ، (مطبوع مع مختصر السنن لأبي داود) .

(٢) المبسوط للسرخسي ٤٥/٥ .

(٣) المالكية كما سبق يرون أن الزوجة إذا أسلمت قبل زوجها فإن أسلم في عدتها كانت زوجته وإن لم يسلم في عدتها لم تكن زوجته ، بخلاف إسلام الزوج قبل زوجته فإنه يفسخ النكاح عندهم إذا لم تسلم بقرب إسلامه . وهذا الدليل للحالة الأولى .

(٤) أبو الوليد الباجي : هو أبو الوليد سليمان بن خلف التجيبي القرطبي الباجي فقيه مالكي من حفاظ الحديث ولد في باجة غرب الأندلس سنة ٤٠٣ هـ وولي القضاء وتوفي سنة ٤٧٤ هـ من كتبه : المنتقى شرح لموطأ مالك ، أحكام الفصول في أحكام الأصول ، وشرح المدونة . انظر وفيات الأعيان ١٤٢/٢ ، ١٤٣ ، رقم الترجمة ٢٦١ وتاريخ قضاة الأندلس ص ٩٥ ، وشذرات الذهب ٣٤٤/٣ ، ٣٤٥ .

(٥) المنتقى شرح لموطأ مالك ٣٤٤/٣ « بتصرف » .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ما ذكره الباجي بأنه لا دليل على انفساخ العقد بمضي العدة في حالة إسلام الزوجة قبل زوجها بخلاف طلاق الرجل لزوجته فقد ثبت اعتبار العدة فيه ، ولو سلمنا بأن العدة معتبرة في حالة إسلام المرأة قبل زوجها لكانت معتبرة في حالة إسلام الزوج قبل زوجته والمالكية لا يقولون به .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بأن العقد لا يفسخ وتقيم الزوجة عنده بما يلي :-

أولا : ما روي عن علي أنه قال : إذا أسلمت النصرانية امرأة اليهودي أو النصراني كان أحق بوضعها لأن له عهدا^(١) .

ثانيا : ما روي عن هانيء بن قبيصة الشيباني^(٢) ، وكان نصرانيا ، كان عنده أربع نسوة فأسلمن فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يقرن عنده^(٣) .

ففي الأثر الأول عن علي رضي الله عنه أن حق الزوج لم ينقطع بعد إسلامها ، وذلك يقتضي بقاءها عنده لأحقيته بها ، وأما قول عمر رضي الله عنه فهو صريح بجواز إبقاء النسوة اللاتي أسلمن عند زوجهن النصراني .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش الاستدلال بهذين الأثرين فيقال : إنه يمكن حمل قول علي رضي الله عنه : إنه أحق بوضعها ، وقول عمر (يقرن عنده) أي إذا أسلم لأن المسلمة لا يجوز أن تبقى تحت عصمة كافر ، ويؤيد هذا التأويل أنه قد روي عن علي وعمر رضي الله عنهما خلاف ذلك^(٤) .

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٩١/٥ .

(٢) هانيء بن قبيصة بن هانيء بن مسعود الشيباني في أواخر العصر الجاهلي شجاع فصيح عظيم القدر ، وكان نصرانيا أدرك الإسلام ولم يسلم ، ومات بالكوفة . الاشتقاق لابن دريد ص ٣٥٩ .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٩٢/٥ .

(٤) روي عن عمر رضي الله عنه أنه خير امرأة أسلمت ولم يسلم زوجها إن شاءت فارقته وإن شاءت قرت عنده ، كما روي عن علي رضي الله عنه أن قال : هو أحق بها ما لم يخرجها من مصرها .

انظر : مصنف عبد الرزاق ١٧٥/٧ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٩٢/٥ ، وشرح معاني الآثار للطحاوي ٢٥٩/٣ ،

والمحلى لابن حزم ٥٠٣/٧ .

قال ابن القيم رحمه الله : « هذه الآثار عن أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه لا تعارض بينها فإن النكاح بالإسلام يصير جائزا بعد أن كان لازما فيجوز للإمام أن يعجل الفرقة ويجوز له أن يعرض الإسلام على الثاني ويجوز إبقاؤه =

ثالثا : أن نكاح الكفر صحيح ولا يجوز إبطال نكاح صحيح بغير يقين^(١) .

المنافشة :

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن يقال : سلمنا أن نكاح الكفر صحيح لكن إبطاله ثابت ، فقد ورد أن أميمة بنت بشر^(٢) فرّت إلى النبي ﷺ وهي مسلمة وزوجها كافر ، مقيم بأرض الكفر ، فلما انقضت عدتها زوجها رسول الله ﷺ سهل بن حنيف^(٣) ، ثم قدم زوجها بعد ذلك مسلما فلم يردها عليه^(٤) .

وفسخ الرسول ﷺ لنكاح أميمة دليل على جواز فسخ نكاح المسلمة من الكافر وعدم إقرارها تحته بعد انتهاء عدتها .

دليل القول الرابع :

استدل القائلون بأن الزوجين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر فإن الزوج أحق بزواجه ما لم تخرج من مكان إقامتها بما رواه عبد الرزاق عن الشعبي أن عليا رضي الله عنه قال : هو أحق بها ما لم يخرجها من مصرها^(٥) .

ويمكن أن يناقش ذلك بأن قوله رضي الله عنه : (هو أحق بها) أي بعد إسلامه ، وليس معناه أنها تقيم تحته وهو كافر ، بل تنتظر وتتربص فمتى أسلم فهي امرأته لأن المشرك لا يجوز له أن يطأ المسلمة قال تعالى : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾

= إلى انقضاء العدة ويجوز للمرأة التربص به إلى أن يسلم ولو مكثت سنين كل هذا جائز لا محذور فيه . أحكام أهل الذمة ٣٢٣/١ .

(١) المحلى لابن حزم ٥٠٦/٧ .

(٢) أميمة بنت بشر من بني عمرو بن عوف أم عبد الله بن سهل امرأة سهل بن حنيف وكانت قبل سهل تحت حسان ابن الدحداحة ففرت منه يومئذ وهو كافر إلى النبي ﷺ فزوجها سهل بن حنيف . أسد الغابة لابن الأثير ٤٠٢/٥ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٢٣٩/٤ .

(٣) سهل بن حنيف بن واهب بن العكيم بن ثعلبة بن الحارث بن مجدعة بن عمرو بن حبيش بن عوف بن عمرو ابن عوف بن مالك بن أوس الأنصاري الأوسي يكنى أبا سعد وأبا عبد الله من أهل بدر ، روى عن النبي ﷺ وعن زيد بن ثابت ، وكان من السابقين ؛ شهد بدرا وثبت يوم أحد حين انكشف الناس وبايع يومئذ على الموت ، وكان ينفخ عن رسول الله ﷺ ويقول : انبلوا سهلا فإنه سهل ، وشهد الخندق والمشاهد كلها واستخلفه علي على البصرة بعد الجمل ثم شهد معه صفين . مات سنة ٣٨ هـ وصلى عليه علي رضي الله عنهما وكبر ستا وقيل خمسا وقال : إنه بدري . أسد الغابة ٣٦٤/٢ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٨٧/٢ .

(٤) شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن ١٨٢٥/٥ .

(٥) مصنف عبد الرزاق ١٧٥/٧ ، مصنف ابن أبي شيبة ٩١/٥ .

يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴿١﴾ .

أدلة القول الخامس :

استدل القائلون بأن إسلام أحد الزوجين يفسخ العقد بما يأتي :-

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ، وَءَاثُوهُمْ مَا أَنَفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ، وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنَفَقْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ أَنْفَقُوا ذَلِكَمُ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (٢) .

توجيه الاستدلال بهذه الآية :

قالوا في توجيه الاستدلال بهذه الآية : « إن قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ﴾ وقوله : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ فيه تحريم رجوع المؤمنة إلى الكافر ، وتصريح بانقطاع العصمة بإسلام أحدهما وقوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ صريح بإباحة نكاحها ولو كانت في عصمة الزوج ، وصريح بانقطاع العصمة بالهجرة ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ دليل على أن الذي يسلم مأمور بالآلا يمسك عصمة كافر ، فصح أن ساعة يقع الإسلام أو الردة فقد انقطعت عصمة المسلمة من الكافر ، وعصمة الكافر من المسلمة فهذه أربعة أدلة من الآية ، ودعونا من تلك المنقطعات والمراسيل والآثار المختلفة ففي كتاب الله الشفاء والعصمة » (٣) .

المناقشة :

وقد أجاب ابن القيم رحمه الله عن الاستدلال بهذه الآية فقال : « مرحبا أهلا وسهلا بكتاب الله وسمعا وطاعة لقول ربنا ، ولكن تأولتم الآية على غير تأويلها ووضعتموها

(١) سورة الممتحنة آية ١٠ .

(٢) سورة الممتحنة آية ١٠ ، وقد استدل بهذه الآية ابن حزم في المحلى ٥٠٨/٧ .

(٣) المحلى لابن حزم ٥٠٨/٧ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٣٩/١ (بتصرف) .

على غير مواضعها ، وليس فيها ما يقتضي تعجيل الفرقة إذا سبق أحدهما الآخر ، ولا فهم هذا منها أحد قط من أصحاب رسول الله ﷺ ولا من التابعين ، ولا يدل على ما ذهبتم إليه أصلا ، أما قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ﴾ فإنما يدل على النهي عن رد النساء المهاجرات إلى الله ورسوله إلى الكفار ، فأين في هذا ما يقتضي أنها لا تنتظر زوجها حتى يصير مسلما مهاجرا إلى الله ورسوله ثم ترد إليه ؟ ولقد أبعد الرجعة كل الإبعاد من فهم هذا من الآية ... وكذلك قوله تعالى : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ ﴾ إنما فيه إثبات التحريم بين المسلمين والكفار وأن أحدهما لا يحل للآخر ، وليس فيه أن أحدهما لا يتربص بصاحبه الإسلام فيحل له إذا أسلما ، وأما قوله : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ فهذا خطاب للمسلمين ورفع للخرج عنهم أن ينكحوا المؤمنات المهاجرات إذا بن من أزواجهن وتخلين عنهم ، وهذا إنما يكون بعد انقضاء عدة المرأة واختيارها لنفسها ، فأما قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ فإنما تضمن النهي عن استدامة نكاح المشركة والتمسك بها وهي مقيمة على شركها وكفرها ، وليس فيه النهي عن الانتظار بها إلى أن تسلم ثم يمسك بعصمتها^(١) .

الدليل الثاني : استدل ابن حزم بآثار رويت عن عمر وابن عباس وجابر رضي الله عنهم أنهم فرقوا بين الرجل والمرأة بعد الإسلام :

الأثر الأول : عن أبي إسحاق الشيباني أنه أخبره يزيد بن علقمة أن جده وجدته كانا نصرانيين فأسلمت جدته ففرق عمر بينهما^(٢) .

الأثر الثاني : عن ابن عباس في اليهودية أو النصرانية تسلم تحت اليهودي أو النصراني قال : يفرق بينهما ، الإسلام يعلو ولا يعلى عليه^(٣) .

الأثر الثالث : عن أبي الزبير^(٤) أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : نساء أهل الكتاب

(١) أحكام أهل الذمة ٣٣٩/١ ، ٣٤٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ٥٠٥/٧ .

(٣) مصنف عبد الرزاق ١٧٣/٧ ، وأورده صاحب المحلى ٥٠٥/٧ .

(٤) أبو الزبير : محمد بن مسلم بن تدرس أبو الزبير مولى حكيم بن حزام المكي ، روى عن عائشة وابن عباس وابن عمر وجابر وأبي الطفيل وسعيد بن جبيرة وعكرمة ، وغيرهم ، كان مدلسا واسع العلم ، توفي سنة ١٢٨ هـ ، الكاشف للذهبي ٩٥/٣ ، تهذيب التهذيب ٤٤٠/٩ .

لنا حل ، ونساؤنا عليهم حرام^(١) .

ففي هذه الآثار دلالة على أنه يفرق بين الرجل والمرأة بمجرد إسلام أحدهما .

المناقشة :

ويمكن أن نجيب عما ذكره ابن حزم من الآثار بأن الأثر الأول عن يزيد بن علقمة وهو مجهول كما قال ابن حزم ، فكيف يستدل بروايته؟^(٢) .

وأما الأثر الثاني ففي إسناده عبد الكريم البصري^(٣) وهو متروك عند المحدثين^(٤) ، والأثر الثالث من رواية أبي الزبير ، قال أبو حاتم : لا يحتج به^(٥) .

ولو سلمنا بصحة هذه الآثار ، فإنها مجملة وليست بصريحة في تعجيل الفرقة فلعل المقصود بذلك قبل الدخول بالزوجة ، أو لعله فرق بعد انقضاء العدة ، أو لعل الزوجة اختارت الفسخ دون انتظار إسلامه^(٦) .

أدلة القول السادس :

استدل أصحاب القول السادس القائلون بأن النكاح موقوف فإن أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته ، وإن انقضت فلها أن تنكح من شاءت وإن أحببت انتظرته فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح بما يلي :

الدليل الأول : حديث ابن عباس أن النبي ﷺ رد ابنته زينب^(٧) على زوجها أبي

(١) مصنف عبد الرزاق ١٧٤/٧ ، المحلى ٥٠٥/٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ٥٠٤/٧ .

(٣) هو عبد الكريم بن أبي المخارق أبو أمية البصري ، واسم أبيه قيس فيما قيل ، قال أحمد بن حنبل : قد ضربت على حديثه ، وهو شبه المتروك ، وقال النسائي : متروك الحديث ، قال أبو عمر بن عبد البر : « إنه مجتمع على ضعفه وتركه ، وإنما روى عنه مالك لأنه لم يعرفه إذ لم يكن من أهل بلده ، وكان حسن السميت والصلاة فغره ذلك منه ، ولم يدخل في كتابه حكما أفرد به » . التمهيد ٦٠/١ ، الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٧٣ ، وتاريخ ابن معين ٣٦٩/٢ ، ميزان الاعتدال للذهبي ٦٤٦/٢ ، ٦٤٧ .

(٤) انظر ترجمته السابقة .

(٥) الجرح والتعديل للرازي ٧٥/٨ ، ٧٦ .

(٦) انظر زاد المعاد ٢٠/٤ ، وأحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٢٢/١ .

(٧) هي زينب بنت رسول الله ﷺ وهي أكبر بناته وأول من تزوج منهن ، أمها خديجة بنت خويلد ، ماتت سنة

٨ في حياة رسول الله ﷺ ، الإصابة ٣١٢/٤ ، أسد الغابة ٤٦٧/٥ .

العاص بن الربيع^(١) بالنكاح الأول ولم يُحدث شيئاً . قال محمد بن عمرو^(٢) في حديثه : بعد ست سنين ، وقال الحسن بن علي^(٣) : بعد سنتين^(٤) .

توجيه الاستدلال :

قل في توجيه الاستدلال بهذا الحديث : إن النبي ﷺ رد ابنته زينب على أبي العاص ابن الربيع وهو إنما أسلم زمن الحديبية وهي إنما أسلمت من أول البعثة فبين إسلامهما أكثر من ثماني عشرة سنة ، فدل ذلك على أن الزوجين إذا أسلم أحدهما قبل الآخر لم يفسخ النكاح وإنما يكون موقوفاً على إسلامه أو تزوج الزوجة بعد انتهاء عدتها^(٥) .

الاعتراضات على الاستدلال بهذا الحديث :

الاعتراض الأول : قالوا : إن هذا الحديث ضعيف لأمرين :

(١) هو أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى ، اختلف في اسمه فصحح أكثرهم أن اسمه لقيط وقيل : مهشم ، وقيل غير ذلك ، ابن عم رسول الله وصهره ، توفي سنة ١٢ هـ . أسد الغابة ٢٣٦/٥ ، الإصابة ١٢١/٤ .

(٢) محمد بن عمرو هو الرازي المعروف بزنيج روى عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه ، وقال ابن أبي حاتم : سمعت أبي يقول : حدثنا محمد بن عمر زنيج ، وكان ثقة توفي سنة ٢٤٠ هـ .

(٣) الحسن بن علي بن محمد الهذلي الخلال أبو علي وقيل : أبو محمد الحلواني ، نزيل مكة ، قال يعقوب بن شيبة : كان ثقة ثباتاً ، وقال أبو داود : كان عالماً بالرجال وكان لا يستعمل علمه ، وقال الخليلي : كان يشبه أحمد في سمته وديانته . توفي سنة ٢٤٢ هـ .

الكاشف للذهبي ٢٢٤/١ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٠٢/٢ .

(٤) الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده ١٦٣/١١ حديث رقم ٦٩٣٨ (تحقيق أحمد شاكر) ، وأبو داود في سننه ٦٧٥/٢ رقم الحديث ٢٢٤٠ (تحقيق الدعاس) ، والترمذي في سننه ١٠٩/٤ رقم الحديث ١١٤٣ (تحقيق الدعاس) بلفظ : رد النبي ﷺ زينب على أبي العاص بن الربيع بعد ست سنين بالنكاح الأول ولم يحدث نكاحاً . وقال : هذا حديث ليس بإسناده بأس ولكن لا نعرف وجه هذا الحديث ولعله قد جاء هذا من قبل داود بن حصين من قبل حفظه .

كما روى هذا الحديث ابن سعد في الطبقات الكبرى ٣٣/٨ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٥٦/٣ ، بلفظ : رد النبي ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع على النكاح الأول بعد ثلاث سنين . ورواه ابن ماجه في سننه ٦٤٧/١ رقم الحديث ٢٠٠٩ بلفظ : أن رسول الله ﷺ رد ابنته على أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول . ورواه الحاكم في المستدرک ٢٠٠/٢ ، ٢٣٧/٣ ، ٦٣٨ ، ٦٣٩ ، وصححه ووافقه الذهبي في تلخيصه . وقد استدلل بهذا الحديث ابن تيمية ٣٣٨/٢ وتلميذه ابن القيم في أعلام الموقعين ٣٥٢/٢ ، وأحكام أهل الذمة ٣٢٤/١ ، وزاد المعاد ١٧/٤ ، والعماد ابن كثير في السيرة النبوية ٥٢٢/٢ .

(٥) أحكام أهل الذمة ٣٢٤/١ ، زاد المعاد لابن القيم ١٨/٤ ، السيرة النبوية لابن كثير ٥٢٢/٢ .

أولاً : إن في إسناده داود بن الحصين^(١) ومحمد بن إسحاق^(٢) وقد ضعفهم المحدثون^(٣) .

ثانياً : أن في إسناده اضطراب^(٤) فقد روي أنه كان بين إسلامهما ستان ، وروي ست سنين ، ولا يصح واحد من الأمرين ، فإن زينب لم تزل مسلمة منذ بعث رسول الله ﷺ ، وأبو العاص أسلم في السنة السادسة في زمن الهدنة . فبين إسلامه وإسلامها ثماني عشرة سنة أو ما يزيد عليها ، وكذلك رواية من روى سنتين ، فإنها غلط قطعاً ، فإن زينب لم تبق مشركة إلى السنة الرابعة من الهجرة^(٥) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يرد على هذا الاعتراض فيقال : إن داود بن الحصين ثقة ، فقد وثقه يحيى بن معين ، وابن حبان^(٦) وغيرهما^(٧) ، ومحمد بن إسحاق قال أحمد عنه : إنه حسن الحديث^(٨) ،

(١) هو داود بن الحصين الأموي مولاهم أبو سليمان المدني ، روى عن أبيه وعكرمة ونافع وغيرهم ، وعنه مالك وابن إسحاق وإبراهيم بن أبي حبيبة وغيرهم ، توفي سنة ١٣٥ هـ ، الكاشف للذهبي ٢٨٧/١ ، وتهذيب التهذيب ١٨١/٣ ، ١٨٢ .

(٢) هو محمد بن إسحاق بن يسار صاحب المغازي القرشي المطلبي مولاهم أحد الأئمة ، روى عن أبيه وأبان بن عثمان ، وأبان بن صالح ، والزهري وغيرهم ، وعنه شعبة ويحيى الأنصاري والحمادان وغيرهم . قال أحمد : حسن الحديث ، توفي سنة خمسين أو إحدى وخمسين ومائة . تذكرة الحفاظ ١٧٢/١ ، تهذيب التهذيب ٣٨/٩ - ٤٦ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ٧٥ .

(٣) انظر : معالم السنن للخطابي مطبوع مع سنن أبي داود ٦٧٥/٢ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٣٠٦/٦ .

(٤) المتقى شرح موطأ مالك للباجي ٣٤٥/٣ ، وأحكام أهل الذمة ٣٢٩/١ ، والحديث المضطرب هو : الحديث الذي تختلف الرواية فيه فيرويه بعضهم على وجه ، وبعضهم على وجه آخر مخالف له ، والروايات متساوية متعادلة لا يمكن ترجيح إحداها على الأخرى ، وقد يقع الاضطراب في متن الحديث وقد يقع في إسناده ، وقد يقع ذلك من راوٍ واحد وقد يقع بين رواة له جماعة . والاضطراب موجب ضعف الحديث لإشعاره بأنه لم يضبط . علوم الحديث لابن الصلاح ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٥) أحكام أهل الذمة ٣٢٩/١ .

(٦) التاريخ ليحيى بن معين ١٥٢/٢ ، وكتاب الثقات لابن حبان ٢٨٤/٦ .

(٧) قال ابن سعد والعجلي : ثقة ، وقال النسائي : ليس به بأس / تهذيب التهذيب ١٨١/٣ .

(٨) تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٨/٩ ، وانظر : تقريب التهذيب ١٤٤/٢ .

وقال ابن معين : ثقة^(١) وقال علي بن المديني^(٢) : حديثه عندي صحيح^(٣) ، وقد صحح هذا الحديث الإمام أحمد رحمه الله^(٤) وابن حزم^(٥) . وقال الترمذي : هذا حديث ليس بإسناده بأس^(٦) ، وصححه الحاكم في المستدرک ووافقه الذهبي في تلخيصه^(٧) ، كما أن لهذا الحديث شواهد تقويه فمن ذلك :-

أولا : ما رواه ابن سعد بسند متصل عن الشعبي أنه قال : قدم أبو العاص بن الربيع من الشام ، وقد أسلمت امرأته زينب مع أبيها وهاجرت ثم أسلم بعد ذلك وما فرق بينهما^(٨) .

ثانيا : ما رواه ابن سعد عن عبد الوهاب بن عطاء^(٩) عن سعيد بن أبي عروبة^(١٠) عن قتادة^(١١) أن زينب بنت رسول الله ﷺ ، كانت تحت أبي العاص بن الربيع

(١) التاريخ ليعني بن معين ٥٠٤/٢ .

(٢) علي بن المديني : هو علي بن عبد الله بن جعفر السعدي ، مولاهم أبو الحسن البصري ، أحد الأئمة الأعلام وحفاظ الإسلام . قال أبو حاتم : كان علما في الناس في معرفة الحديث والعلل وكان أحمد لا يسميه ، تبجيلا له ، إنما يكنيه ، ولد بالبصرة سنة ١٦١ هـ ، وتوفي بسامراء سنة ٢٣٤ هـ عن ٧٣ سنة ، طبقات الحنابلة لأبي يعلى ، ٢٢٥/١ - ٢٢٨ ، ميزان الاعتدال ١٣٨/٣ - ١٤١ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ١٨٤ رقم الترجمة ٤١٥ .

(٣) علل الحديث ومعرفة الرجال لابن المديني ص ٢٥ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٤٣/٩ .

(٤) انظر مسند أحمد ١٦٣/١١ حديث رقم ٦٩٣٨ (تحقيق أحمد شاكر) .

(٥) المحلى لابن حزم ٥٠٧/٧ .

(٦) سنن الترمذي ١٠٩/٤ رقم الحديث ١١٤٣ تحقيق الدعاس .

(٧) المستدرک للحاكم ٢٠٠/٢ .

(٨) الطبقات الكبرى ٣٣/٨ .

(٩) هو عبد الوهاب بن عطاء الخفاف أبو نصر العجلي ، مولاهم البصري ، روى عن سعيد بن عروة وشعبة والجزيري وغيرهم ، وعنه أحمد وإسحاق ويحيى وغيرهم ، قال ابن معين : ثقة ، وقال ابن أبي حاتم : سألت أبي عنه فقال : يكتب حديثه محله الصدق . توفي سنة ٢٠٤ هـ التاريخ لابن معين ٣٧٩/٢ ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٧٢/٦ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٤١ .

(١٠) هو سعيد بن أبي عمرو بن مهران العدوي ، مولاهم أبو النضر البصري ، قال أحمد : لم يكن له كتاب إنما كان يحفظ ، وقال ابن معين : من أثبتهم ، في قتادة . روى عن الحسن وابن سيرين وأيوب وقاتادة وغيرهم ، وعنه الأعمش وشعبة والثوري وغيرهم . توفي سنة ١٥٦ هـ . التاريخ لابن معين ٢٠٤/٢ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٦٣/٤ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٧٨ .

(١١) قتادة : هو قتادة بن دعامة بن قنادة السدوسي أبو الخطاب البصري الأكمه ، أحد الأعلام ، ولد سنة ٦٠ هـ قال سعيد بن المسيب : ما أتاني عراقي أحفظ من قتادة ، وقال أحمد : كان قتادة أحفظ أهل البصرة لم يسمع شيئا إلا حفظه . توفي سنة ١١٧ هـ . تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٥١/٨ ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٧ .

فهاجرت مع رسول الله ﷺ ثم أسلم زوجها فهاجر إلى رسول الله ﷺ فردها عليه^(١) .

وأما القول بأن في سند الحديث اضطراباً لقول الحسن بن علي في حديثه بعد سنتين وقول محمد بن عمرو بعد ست سنين فجوابه أنه يمكن أن يكون المراد بالتوقيت بالسنتين أو بالست المدة التي بين إسلامه وظهور إسلامها وإعلانه بالهجرة ، فإن نساء المؤمنات كن يستخفين من أزواجهن بالإسلام في مكة فلما هاجر رسول الله ﷺ ، أظهرت من هاجرت معه منهن إسلامها ، وزينب هاجرت بعد رسول الله ﷺ وبعد وقعة بدر فكان بين ظهور إسلامها بهجرتها وإسلام أبي العاص سنتان وأما ست السنين فهي بين ظهور الإسلام العام بالهجرة وإسلام أبي العاص .

وأما القول بأن زينب لم تنزل مسلمة منذ بعث رسول الله ﷺ ، وأبو العاص أسلم في السنة السادسة في زمن الهدنة فجوابه أن يقال : من أين لكم تقدم إسلام زينب من أول المبعث فإنها كانت تحت أبي العاص بن الربيع وهو مشرك ، وأصح ما تقدم في إسلامها حديث ابن عباس هذا ، وهو يقتضي أنها أسلمت حين هاجر النبي ﷺ إلى المدينة ، وكذلك قال ابن شهاب : أسلمت زينب وهاجرت بعد هجرة النبي ﷺ^(٢) .

الاعتراض الثاني :

إن هذا الحديث معارض بما رواه الحجاج بن أرطأة^(٣) عن عمرو بن شعيب^(٤) عن أبيه^(٥) عن جده^(٦) أن النبي ﷺ رد ابنته على أبي العاص بمهر جديد ونكاح

(١) الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٣/٨ .

(٢) أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٢٩/١ ، ٣٣٠ .

(٣) الحجاج بن أرطأة بفتح الهمزة - ابن ثور ابن هبيرة النخعي أبو أرطأة الكوفي القاضي ، أحد الفقهاء ، صدوق ، كثير الخطأ والتدليس ، توفي سنة ١٤٥ هـ ، الكاشف للذهبي ٢٠٥/١ ، تقريب التهذيب ١٥٢/١ .

(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، وثقه بعض المحدثين ، توفي سنة ١١٨ هـ ، الكاشف للذهبي ٣٣٢/٢ ، وخلاصة تذهيب تذهيب الكمال ٢٨٧/٢ .

(٥) هو شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، روى عن جده وابن عباس وابن عمر ، وعنه ابنه عمرو ، وعمر وثابت البناني / انظر الكاشف للذهبي ١٤/٢ ، وخلاصة تذهيب تذهيب الكمال ٤٥١/١ .

(٦) يحتمل أنه محمد ويحتمل أنه عبد الله ، قال ابن حجر : والمراد به عبد الله انظر : تذهيب التهذيب ٥١/٨ وعبد الله =

جديد^(١) ، ورواية عمرو أولى لأنها أثبتت حدوث عقد ثان بخلاف رواية داود بن الحصين عن ابن عباس فإنها نافية والمثبت أولى من النافي^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال : إن حديث الحجاج ضعيف ، إذ هو لم يسمعه من عمرو بن شعيب وإنما سمعه من محمد بن عبيد الله العرزمي^(٣) عن عمرو ابن شعيب فدلس^(٤) فيه ، وحذف اسم من سمعه منه ، والعرزمي متروك الحديث عند المحدثين^(٥) قال عبد الله بن أحمد^(٦) قال أبي في حديث حجاج : هذا حديث ضعيف ، أو قال : واه لم يسمعه الحجاج من عمرو بن شعيب ، إنما سمعه من محمد بن عبيد الله العرزمي ، والعرزمي لا يساوي حديثه شيئاً ، والحديث الصحيح الذي روى أن النبي

= هو عبد الله بن عمرو بن العاص ، صحابي جليل - له سبعمائة حديث توفي سنة ٦٥ هـ . الاستيعاب ٩٥٦/٣ - ٩٥٩ ، الإصابة ٣٥١/٢ ، ومحمد هو ابنه روى عن أبيه عبد الله ، وعنه ابنه شعيب وحكيم بن الحارث . انظر الكاشف للذهبي ٦٢/٣ ، وخلاصة تذهيب تذهيب الكمال ٤٢٤/٢ .

(١) الحديث ضعيف أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٦١/١١ ، ١٦٢ رقم الحديث ٦٩٣٨ تحقيق أحمد شاكر ، وجاء عقب روايته : قال عبد الله بن أحمد في حديث حجاج رد النبي زينب ابنته قال : هذا حديث ضعيف أو قال : واه ولم يسمعه الحجاج عن عمرو بن شعيب ، إنما سمعه من محمد بن عبيد الله العرزمي ، والعرزمي لا يساوي حديثه شيئاً . والحديث الصحيح الذي روى أن النبي ﷺ أقرهما على النكاح الأول . ا.هـ . انظر : كتاب العلل ومعرفة الرجال للإمام أحمد ص ٩٠ ، كما أخرج هذا الحديث الترمذي في سننه ١١٠/٤ رقم الحديث ١١٤٤ (تحقيق الدعاس) ، وابن ماجه في سننه ٦٤٧/١ ، رقم الحديث ٢٠١٠ ، والحاكم في المستدرک ٦٣٩/٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٨٧/٧ .

(٢) هذا الاعتراض للخطابي انظر : معالم السنن مطبوع مع مختصر أبي داود للمنذري ١٥١/٣ .
(٣) هو محمد بن عبيد الله العرزمي الفزاري الكوفي ، روى عن عطاء بن أبي رباح وعطية العوفي ومكحول وغيرهم . قال أحمد : ترك الناس حديثه . توفي سنة ١٥٥ هـ . الكاشف للذهبي ٧٣/٣ ، تذهيب التذهيب ٣٢٢/٩ .
(٤) التدليس : هنا تدليس في الإسناد وهو : أن يروي عن لقيه ما لم يسمعه منه موهماً أنه سمعه منه ، أو عن عاصره ، ولم يلقه موهماً أنه قد لقيه وسمعه منه ، ثم قد يكون بينهما واحد وقد يكون أكثر / علوم الحديث لابن الصلاح ص ٦٦ .
(٥) قال البخاري : تركه ابن المبارك ويحيى ، وقال أبو زرعة : لا يكتب حديثه . وقال النسائي : متروك الحديث . انظر : التاريخ الكبير للبخاري ٥٢٩/٢ ، والجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٢/٨ ، والضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٩٢ .

(٦) هو عبد الله ابن الإمام أحمد أبو عبد الرحمن ، ولد في جمادى الأولى سنة ٢١٣ هـ ، وكان رجلاً صالحاً صادقاً للهجة كثير الحياء ، توفي سنة ٢٩٠ هـ . طبقات الحنابلة ١٨٠/١ - ١٨٨ ، والمنهج لأحمد ١٥٦/١ .

ﷺ أقرهما على النكاح الأول^(١) .

وعليه ، فلا يمكن أن يعارض هذا الحديث حديث ابن عباس السابق لأنه أصح .

الاعتراض الثالث : وهو جواب لأصحاب القول الثاني القائلين بأن عقد النكاح

موقوف على إسلام أحد الزوجين في العدة من هذا الحديث فقد حملوا هذا الحديث على

تطاول زمن العدة ، قال الخطابي^(٢) : « إن صح فإنه يحتمل أن يكون ، لأن عدتها قد تطاولت

لاعتراض سبب ، حتى بلغت المدة المذكورة في الحديث ، إما الطولى منهما وإما القصوى »^(٣) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عن هذا الاعتراض بأنه في غاية البعد ، وخلاف ما طبع الله عليه النساء ،

ومثله لو وقع لنقل ، ولم ينقل ذلك أحد ، ولم يجد النبي ﷺ بقاء النكاح بمدة العدة

حتى يقال : لعل عدتها تأخرت ، فلا التحديد بثلاث حيض ثابت ولا تأخرها ست

سنين معتاد^(٤) .

الاعتراض الرابع :

إن هذا الحديث منسوخ ، روي ذلك عن الزهري وقتادة وابن عبد البر ، واختلفوا

في ناسخه .

فعن الزهري أن أبا العاص بن الربيع أخذ أسيرا يوم بدر فأتى به إلى النبي ﷺ فرد

عليه ابنته قال الزهري : وكان هذا قبل أن تنزل الفرائض .

(١) مسند أحمد ١٦١/١ ، حديث رقم ٦٩٣٨ ، تحقيق أحمد شاكر ، وكتاب العلل ومعرفة الرجال للإمام أحمد ص ٩٠ .

وقد قال ابن القيم رحمه الله مجيبا عن هذا الاعتراض : « إن حديث عمرو بن شعيب لو وصل إلى عمرو لكان حجة فإننا لا ندفع حديث عمرو بن شعيب ولكن دون الوصول إليه مفاوز مجدية ، فلا يعارض بحديثه الحديث الذي شهد الأئمة بصحته » . أحكام أهل الذمة ٣٣٦/١ .

(٢) هو أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي فقيه محدث ، من أهل بست قرب كابل ، من نسل زيد بن الخطاب ، ولد سنة ٣١٩ هـ ، وتوفي سنة ٣٨٨ هـ له مصنفات منها : « معالم السنن في شرح سنن أبي داود » . انظر : تذكرة الحفاظ ١٠١٨/٣ ، وطبقات الحفاظ للسيوطي ص ٤٠٣ .

(٣) معالم السنن للخطابي مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري ١٥٠/٣ .

(٤) أحكام أهل الذمة ٣٣٣/١ .

وقال قتادة : كان هذا قبل أن تنزل سورة براءة^(١) .

وقال ابن عبد البر : إنها منسوخة بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض:

قال ابن القيم : « أما قول الزهري : إن هذا كان قبل أن تنزل الفرائض ، فكأنه أراد أن الحديث منسوخ ، فيقال : وأين الناسخ من كتاب الله أو سنة رسول الله ، فإن قال : الناسخ قوله تعالى : ﴿ لَاهُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ ﴾^(٣) فيقال : هذه الآية نزلت في قصة صلح الحديبية باتفاق الناس ، ورد زينب على أبي العاص كان بعد ذلك ، لما قدم من الشام في زمن الهدنة ، ولهذا قال النبي ﷺ لزينب : « أكرمي مثواه ولكن لا يصل إليك » امثالاً لقوله تعالى : ﴿ لَاهُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ ﴾ ، ثم ذهب أبو العاص إلى مكة فرد الودائع والأمانات التي كانت عنده ، ثم جاء فأسلم ، فردها عليه بالنكاح الأول . وقول ابن شهاب : إن ذلك كان قبل أن تنزل الفرائض ، لم يرد به فرائض الإسلام ، فابن شهاب أعلم وأجل من أن يريد ذلك ، والظاهر أنه إنما أراد فريضة تحريم المشرك والمشركة . وأقصر ما يقال إن رد زينب على أبي العاص ونزول آية التحريم كانا في زمن الهدنة ، فمن أين يعلم تأخر نزول الآية عن قصة الزوجين لتكون ناسخة لها ؟! ولا يمكن دعوى النسخ بالاحتمال .

وأما قول قتادة : كان هذا قبل أن تنزل سورة براءة ، فلا ريب أنه كان قبل نزول براءة ، ولكن أين في سورة براءة ما يدل على إبطال ما مضت به سنة رسول الله ﷺ من حين بعث إلى أن توفاه الله من عدم التفريق بين الرجل والمرأة إذا سبق أحدهم بالإسلام ؟ ، والعهود التي نبذها رسول الله ﷺ إلى المشركين هي عهود الصلح التي كانت بينه وبينهم فهي براءة من العقد والعهد الذي كان بينه وبينهم ولا تعرض فيها للنكاح بوجه من الوجوه .

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي ٢/٢٦٠ ، وشرح السير الكبير لمحمد بن الحسن ٥/١٨٢٤ ، وتفسير القرطبي ١٨/٦٦ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ ، وانظر : تفسير القرطبي ١٨/٦٦ .

(٣) سورة الممتحنة آية ١٠ .

وأما قول ابن عبد البر : إنها منسوخة بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ ^(١) فيقال : إن هذا في المطلقات الرجعيات بنص القرآن واتفاق الأمة ، ولم يقل أحد إن إسلام المرأة طلقة رجعية يكون بعلها أحق بردها في عدتها ، والذين يحكمون بالفرقة بعد انقضاء العدة لا يوقعونها من حين الإسلام بخلاف الطلاق فإنه ينفذ من حين التطليق ويكون للزوج الرجعة في زمن العدة ^(٢) .

الاعتراض الخامس :

إن هذا الحديث مردود بالإجماع ، واستمرار عمل الناس على خلافه ، قال الترمذي : قال يزيد بن هارون ^(٣) : حديث ابن عباس أجود إسنادا والعمل على حديث عمرو بن شعيب ^(٤) . وقال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء أن انقضاء العدة يفسخ النكاح إلا في شيء ، روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء ، زعم أنها ترد إلى زوجها وإن طالت المدة ^(٥) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن قول يزيد بن هارون ، العمل على حديث عمرو بن شعيب المراد به عند أهل العراق لا عند الأمة كلها ^(٦) ، ومن المعلوم أن عمل أهل طائفة أو بلد لا يعتبر إجماعا ، كما أن الخلاف في هذه المسألة قديم فقد روي عن علي وإبراهيم النخعي والشعبي بطرق قوية ، وأفتى به حماد شيخ أبي حنيفة ^(٧) ، وإذن فليس في المسألة إجماع بل الخلاف فيها أشهر .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) أحكام أهل الذمة ٣٣٣/١ - ٣٣٥ (بتصرف) .

(٣) يزيد بن هارون : أبو خالد الواسطي أحد الأعلام الحفاظ والمشاهير ، قال أحمد : حافظ متقن ، وقال ابن المديني : ما رأيت أحفظ منه ، وقال العجلي : ثبت متعبد حسن الصلاة جدا يصلي الضحى ست عشرة ركعة ، وقد توفي سنة ٢٠٦ هـ ، الكاشف للذهبي ٢٨٧/٣ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٦٦/١١ .

(٤) سنن الترمذي ١١٠/٤ رقم الحديث ١١٤٤ (تحقيق الدعاس) ، فتح الباري لابن حجر ١٥١/٣ .

(٥) المنتقى للبايجي ٣٤٥/٣ ، تهذيب سنن أبي داود مطبوع مع مختصر سنن أبي داود ١٥١/٣ ، فتح الباري لابن حجر ٤٢٣/٩ ، نيل الأوطار للشوكاني ٣٠٦/٦ .

(٦) بذل المجهود في حل أبي داود ٣٥٦/١٠ ، فتح الباري لابن حجر ٤٢٣/٩ .

(٧) مصنف ابن أبي شيبة ٩١/٥ ، ٩٢ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٣٠٦/٦ .

الاعتراض السادس:

إن قول ابن عباس رضي الله عنه : رد النبي ﷺ زينب بالنكاح الأول ، معناه بنكاح جديد مثل الأول لم يُحدث فيه شيئاً^(١) .

الجواب عن هذا الاعتراض : ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض فيقال : إن ما ذكرتموه من أن معنى قوله بالنكاح الأول أي بنكاح جديد ، يرده ما ورد في مسند أحمد عن ابن عباس « أن رسول الله ﷺ رد ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع وكان إسلامها قبل إسلامه بست سنين على النكاح الأول ولم يُحدث شهادة ولا صداقاً^(٢) ، وفي لفظ آخر : لم يُحدث صداقاً^(٣) .

الاعتراض السابع:

حكاه الطحاوي عن محمد بن الحسن في الجمع بين الحديثين حديث ابن عباس أنه ردها إليه بالنكاح الأول ولم يُحدث نكاحاً ، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ردها إليه بنكاح جديد فقال : « إن عبد الله بن عمرو رأى أن النبي ﷺ قد رد زينب على أبي العاص بعد ما كان علم حرمتها عليه بتحريم الله المؤمنات على الكفار فلم يكن ذلك عنده إلا بنكاح جديد ، فقال : ردها عليه رسول الله ﷺ بنكاح جديد ، ولم يعلم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما بتحريم الله عز وجل المؤمنات على الكفار حتى علم برد النبي ﷺ زينب على أبي العاص فقال : ردها عليه بالنكاح الأول لأنه لم يكن عنده - بين إسلامه وإسلامها - فسخ للنكاح الذي كان بينهما .

قال الطحاوي : فمن هنا جاء اختلافهم لا من اختلاف سمعوه من النبي ﷺ في ذكره ما ردّه به على أبي العاص أنه بالنكاح الأول ، أو النكاح الجديد^(٤) .

الجواب عن هذا الاعتراض:

أجاب ابن القيم عن هذا الاعتراض فقال : « معاذ الله أن يظن بالصحابة أنهم يروون

(١) هذا الاعتراض للباجي انظر : المنتقى ٣/٣٤٥ .

(٢) مسند أحمد ١٠٩/٤ رقم الحديث ٢٣٦٦ تحقيق أحمد شاكر .

(٣) مسند أحمد ٩٩/٥ رقم الحديث ٣٢٩٠ تحقيق أحمد شاكر ، وانظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/٣٣ .

(٤) شرح معاني الآثار للطحاوي ٣/٢٥٧ .

أخبارا عن الشيء الواقع والأمر بخلافه بظنهم واعتقادهم وهذا لا يدخله إلا الصدق والكذب ، فإنه إخبار عن أمر واقع مشاهد هذا يقول ردها بنكاح جديد ، فهل يسوغ أن يخبر بناء على اعتقاده من غير أن يشهد القصة أو تروى له ؟ وكذلك من قال ردها بالنكاح الأول ، وكيف يظن بعبد الله بن عمرو أنه يروي عن النبي ﷺ عقد نكاح لم يشته ولم يشهده ولا حكي له ؟ وكيف يظن بابن عباس أنه يقول ردها بالنكاح الأول ولم يحدث شيئا وهو لا يحيط علما بذلك ؟ ثم كيف يشته على مثله نزول آية الممتحنة وما تضمنته من التحريم قبل رد زينب على أبي العاص ؟ ولو قدر اشتباهه أفترى دام هذا الاشتباه عليه واستمر حتى يرويه كبيرا وهو شيخ الإسلام ؟! «^(١) .

الاعتراض الثامن :

قال ابن حزم : « وأما الخبر - يعني حديث ابن عباس - فصحيح ولا حجة لهم فيه ؛ لأن إسلام أبي العاص كان قبل الحديبية ، ولم يكن نزل بعد تحريم المسلمة على المشرك ، وليس هناك دليل بتقدم إسلام أحدهما ، فإن قيل : قد روي ذلك ، قلنا : ومن أين لكم أنهما بقيا على نكاحهما ولم يجدا عقدا ؟ وهل جاء ذلك قط بإسناد صحيح متصل إلى النبي ﷺ أنه عرف ذلك فأقره ؟ حاش لله ذلك «^(٢) .

الجواب عن هذا الاعتراض :

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن أهل المغازي اتفقوا على أن إسلام أبي العاص كان في الهدنة بعد نزول آية التحريم^(٣) لا كما ذكره ابن حزم ، وأما قوله : « من أين لكم أنهما بقيا على نكاحهما ولم يجدا عقدا ؟ » ، وهل جاء ذلك بإسناد صحيح متصل ؟ .. الخ فجوابه أن يقال : إن من المعلوم بالضرورة أن النبي ﷺ لم يكن يعتبر في بقاء النكاح أن يتلفظ الزوجان بالإسلام بلفظ واحد لا يتقدم أحدهما على الآخر ، ولا يتأخر عنه بحرف لا قبل الفتح ولا بعده إلى أن توفاه الله عز وجل وكذلك يعلم أيضا أنه لم يجدد نكاح أحد سبقته امرأته بالإسلام ، أو سبقها ثم أسلم الثاني ، لا في العدة ولا بعدها ...

(١) تهذيب سنن أبي داود ١٥٣/٣ ، ١٥٤ .

(٢) المحلى ٥٠٧/٧ .

(٣) فتح الباري لابن حجر ٤٢٤/٩ .

وتجوز وقوع مثل هذا ، ولا ينقله بشر على وجه الأرض يفتح باب تجوز المحالات ، وأنه كان لنا صلاة سادسة ولم ينقلها أحد ، وذلك من أبطل الباطل وأبين المحال^(١) .

الدليل الثاني : عن ابن عباس قال : أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فتزوجت ، فجاء زوجها إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله : إني كنت قد أسلمت وعلمت بإسلامي ، فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها الآخر وردها إلى زوجها الأول^(٢) .

وجه الاستدلال :

إن النبي ﷺ رد المرأة على زوجها لما ذكر أنه أسلم وعلمت بإسلامه ولم يستفصله هل أسلما معا ؟ أو أسلمت قبل أن تنقضي العدة ؟ وترك الاستفصال يدل على أن الجواب عام في كل ما تناوله صور السؤال ، وهذا لأنه متى أسلم على شيء فهو له^(٣) .

الدليل الثالث :

ما رواه ابن شهاب أن عكرمة بن أبي جهل قدم على النبي ﷺ المدينة بعد رجوعه من حصار الطائف ، وقسم غنائم حنين في ذي القعدة وكان فتح مكة في رمضان . فهذا نحو ثلاثة أشهر يمكن انقضاء العدة فيها فأبقاه الرسول ﷺ على نكاحه ، ولم يسأل امرأته هل انقضت عدتها أم لا^(٤) ؟ فدل ذلك على أن انتهاء العدة لا يفسخ النكاح وإلا لسألها رسول الله ﷺ .

الدليل الرابع :

من المعقول : أن تجديد العقد برد المرأة على زوجها بعد انقضاء العدة لو كان هو شرعه

(١) أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٢٨/١ :

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٦٧٤/٢ رقم الحديث ٢٢٣٩ (تحقيق الدعاس) ، والترمذي في سننه ١١٠/٤ رقم الحديث ١١٤٤ وقال : حديث صحيح . والحاكم في المستدرک ٢٠٠/٢ وقال : حديث صحيح ووافقه الذهبي في تلخيصه ، وابن الجارود في المنتقى ص ٢٥٥ رقم الحديث ٧٥٧ ، وابن حبان انظر : موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان ص ٣١١ رقم الحديث ١٢٨٠ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٨٨/٧ وقد استدل بهذا الحديث ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٣٣٨/٣٢ .

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣٨/٣٢ .

(٤) موطأ مالك ٥٤٥/٢ وقد استدل به ابن القيم في زاد المعاد ١٩/٤ .

الذي جاء به لكان هذا مما يجب بيانه للناس فإنهم أحوج ما كانوا إلى بيانه^(١) ، فلما لم يبينه دل ذلك على عدم اعتباره .

الرأي المختار :

والذي أختره بعد هذا العرض للأدلة ومناقشتها هو القول السادس ، وهو أن النكاح موقوف ، فإن أسلم قبل انقضاء العدة فهي زوجته ، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وإن أحببت انتظرته فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح ، وكذلك إن أسلم قبلها فالنكاح باق ما لم تنكح غيره . وذلك لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول ، كما أن القول بإبقاء النكاح موقوفا - وما فيه من امتناع الوطء - فيه مصلحة للزوجين من غير مفسدة ، وما كان خيرا محضا بلا مفسدة لا تأتي الشريعة بتحريمه .

وأما القول بعودة النكاح بعقد جديد ومهر جديد ، فإن فيه تنفيرا من الدخول في الإسلام بخلاف القول بالوقف ، فإنه متى أسلم أحدهما فالنكاح بحاله ، وذلك مما يدعو إلى الدخول في الإسلام والله أعلم .

المبحث السادس : ارتداد أحد الزوجين بعد عقد النكاح والدخول

إذا ارتد أحد الزوجين بعد عقد النكاح وقبل الدخول فإن العقد يفسخ بمجرد ارتداد أحدهما ، ولا خلاف في ذلك بين الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) .

(١) انظر أحكام أهل الذمة ١/٣٢٨ - ٣٤٤ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٣٧ ، الهداية للمرغيناني ١/٢٢١ ، تبين الحقائق للزيلعي ٢/١٧٨ ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٢/٢٢٩ .

(٣) المدونة للإمام مالك ٢/٢٢٠ ، والإشراف على مسائل الخلاف ٢/١٠٤ ، ومواهب الجليل للحطاب ٣/٤٧٦ ، وشرح الحرشي على مختصر خليل ٣/٢٢٩ .

(٤) الإقناع للماوردي ص ١٣٨ ، ومغني المحتاج للشربيني ٣/١٩٠ .

(٥) المقنع لابن قدامة ٣/٩٨ ، والكافي لابن قدامة ٢/٧٠٤ ، والمبدع لابن مفلح ٧/١٢٢ ، والإنصاف للمرداوي ٨/٤١٥ ، وقد ذكر ابن قدامة أن داود الظاهري خالف في هذه المسألة . جاء في المغني ٨/٦٣٩ : « وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن داود أنه لا يفسخ بالردة ؛ لأن الأصل بقاء النكاح » .

أما إذا كانت الردة بعد الدخول فللعلماء في حكم المرتد خلاف ، وسنفصل آراءهم في ذلك .

مذهب الحنفية : يرى علماء الحنفية أن الزوجين المسلمين إذا ارتد أحدهما عن الإسلام زوجا أو زوجة بعد الدخول أن الفرقة تتعجل بمجرد ارتداد أحدهما .
جاء في بدائع الصنائع : « الفرقة بردة أحد الزوجين تثبت بنفس الردة في الحال عندنا »^(١) .

مذهب المالكية : يتفق علماء المالكية في القول المشهور عندهم - مع الحنفية - في أن ردة أحد الزوجين تعجل الفرقة ، وفي رواية عن الإمام مالك رحمه الله أنه لا يفسخ النكاح إلا بخروجها من العدة . جاء في الإشراف على مسائل الخلاف : « إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول انفسخ النكاح في الحال ، وذكر الشيخ أبو بكر^(٢) عن مالك رواية أنه لا يفسخ إلا بخروجهما من العدة وهو قول الشافعي »^(٣) .

مذهب الشافعية : يرى علماء الشافعية أن ردة أحد الزوجين تجعل العقد موقوفا فإن لم يرجع المرتد حتى انتهت العدة وقعت الفرقة بينهما ، وإن رجع إلى الإسلام بقي الزواج على حاله ، جاء في الإقناع للماوردي : « إذا ارتد أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها كانا على النكاح وإن أسلم بعد انقضائها بطل

(١) ٣٣٧/٢ وجاء في فتح القدير ٥١٤/٢ : « إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول أو بعده » وجاء في الاختيار لتعليل المختار ١١٤/٣ : « إذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق » وانظر : المبسوط للسرخسي ٤٩/٥ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ ، والجوهرة النيرة ٢٤/٢ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٤/٢ .

(٢) هو القاضي أبو بكر الباقلاني سبقت ترجمته ص ٢١٩ .

(٣) ١٠٥/٢ وجاء في المدونة للإمام مالك ٢٠٢/٢ : « قلت : رأيت إذا ارتد ، أتنقطع العصمة فيما بينهما إذا ارتد مكانه أم لا ؟ ، قال مالك : تنقطع العصمة فيما بينهما ساعة ارتد ، قلت : فإن ارتدت المرأة قال : لم أسمع من مالك فيه شيئا إلا أني أرى إذا ارتدت المرأة أيضا أن تنقطع العصمة فيما بينهما ساعة ارتدت » .

وجاء في التاج والإكليل للمواق ٤٧٩/٣ : « ردة أحد الزوجين مزيلة للعصمة حينئذ ، وردة الزوج طلاقه بئنة وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له » .

وانظر : مواهب الجليل للحطاب ٤٧٥/٣ ، وشرح الخرشبي على خليل ٢٢٩/٣ ، وحاشية العدوي عليه بالهامش ، وجواهر الإكليل ٢٩٦/١ .

النكاح^(١) .

مذهب الحنابلة : أما علماء الحنابلة فلهم في ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام روايتان :

إحداهما : أن الفرقة تتعجل .

الثانية : أن عقد النكاح يكون موقوفا على انقضاء العدة ، فإن لم يرجع المرتد حتى انتهت العدة وقعت الفرقة بينهما من حين حدوثها ، وإن رجع إلى الإسلام بقي الزواج على حاله ، جاء في المغني : « اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ، ففي إحداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك ، وروى ذلك عن الحسن والثوري وزفر ، وأبي ثور ، وابن المنذر ... والثانية يقف (أي عقد الزواج) على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي »^(٢) .

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن الزوجين إذا ارتد أحدهما بعد الدخول أن عقد النكاح يكون موقوفا على إسلام المرتد منهما ، فإن رجع المرتد منهما عن الإسلام قبل انتهاء العدة فهي زوجته ، وإن لم يرجع فهي بالخيار إن أحببت انتظرته ، فإن رجع فهو زوجها من غير حاجة إلى تجديد عقد النكاح وإلا فارقتة^(٣) .

رأي ابن أبي ليلى^(٤) : ويرى الإمام ابن أبي ليلى أن الفرقة لا تقع إلا بإبء المرتد عن الرجوع إلى الإسلام بعد عرضه عليه ، فإذا امتنع عن الرجوع وقعت الفرقة بينهما^(٥) .

(١) انظر : الأم للشافعي ١٤٩/٦ ، والمهذب للشيرازي ٥٥/٢ ، وشرح روض الطالب لتركيب الأنصاري ١٦٢/٣ ، ومغني المحتاج ١٩٠/٣ ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣٧٦/٣ .

(٢) ٦٣٩/٦ وانظر : المقنع لابن قدامة ٦٨/٣ ، والكافي لابن قدامة ٧٠٤/٢ ، والمبدع لابن مفلح ١٢٢/٧ ، والإنصاف للمرداوي ٤١٥/٨ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٤٦/٤ ، ٥٤٧ ، وأحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٤٤/١ ، ٣٤٥ .

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري فقيه قاضي من أصحاب الرأي ولد سنة ٧٤ هـ وتوفي سنة ١٤٨ هـ / طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٤ ووفيات الأعيان ٣١٩/٣ رقم الترجمة ٥٣٦ .

(٥) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأبي يوسف ص ١٩٩ ، المبسوط للسرخسي ٤٩/٥ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ .

فتلخص مما سبق أن للعلماء في ارتداد أحد الزوجين بعد الدخول أربعة أقوال :-

القول الأول : أن العقد يفسخ وتتعدل الفرقة بمجرد ارتداد أحدهما ، وبهذا قال الحنفية ، والمالكية في المشهور عندهم ، والحنابلة في إحدى الروايتين .

القول الثاني : أن عقد النكاح يكون موقوفا على انقضاء العدة ، فإن لم يرجع المرتد حتى انتهت العدة وقعت الفرقة بينهما من حين حدوثها ، وإن رجع إلى الإسلام بقي الزواج على حاله . وبهذا قال الشافعية ، والمالكية في رواية ، والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم .

القول الثالث : أن العقد لا يفسخ ولا تقع الفرقة بينهما إلا بإبء المرتد عن الرجوع إلى الإسلام بعد عرضه عليه ، فإذا امتنع عن الرجوع وقعت الفرقة بينهما ، وبهذا قال ابن أبي ليلى .

القول الرابع : أن عقد النكاح يكون موقوفا على إسلام المرتد منهما فإن رجع المرتد منهما عن الإسلام قبل انتهاء العدة فهي زوجته وإن لم يرجع فهي بالخيار إن أحببت انتظرته ، فإن رجع فهو زوجها من غير حاجة إلى تجديد عقد النكاح وإلا فارقه ، وبهذا قال ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن عقد الزواج يفسخ إذا ارتد أحد الزوجين بما يلي :-

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾^(١) .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية فيقال : إن في الآية نهيا عن الإمساك بالكوافر ، وهذا النهي يفيد امتناع اجتماعهما بعد الردة الحاصلة من أحدهما وحينئذ تتعين الفرقة بينهما .

(١) سورة الممتحنة آية ١٠ ، وقد ذكر الاستدلال بهذه الآية الكاساني في بدائع الصنائع ٣٣٧/٢ .

المناقشة :

ونوقش الاستدلال بهذه الآية بأنها إنما تفيد النهي عن استدامة نكاح المشركة والتمسك بها ، وهي مقيمة على شركها وكفرها ، وليس فيها ما يفيد النهي عن انتظارها إلى أن ترجع إلى الإسلام ثم يمسك بها .

فإن قيل : هو في مدة التربص ممسك بعصمتها ، قلنا : ليس كذلك بل هي متمكنة بعد انقضاء عدتها من مفارقتها والتزوج بغيره ، ولو كانت العصمة بيده لما أمكنها ذلك^(١) .

الدليل الثاني : من القياس وهو قياس ارتداد أحد الزوجين على إسلام الزوجة تحت كافر بجامع اختلاف الدين في كل ، فكما أن إسلام الزوجة يفسخ النكاح فكذلك ارتداد أحدهما^(٢) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : إن قياسكم ردة أحد الزوجين على إسلام الزوجة تحت كافر قياس صحيح ، لكننا نختلف معكم في حكم الأصل المقيس عليه ، ونرى أن إسلام الزوجة تحت كافر لا يوجب الفرقة في الحال بل الأمر موقوف على إسلام الزوج ، لكن إن انتهت العدة ولم يسلم فإن الخيار للزوجة إن أحببت انتظرتة وإلا فارقتة ، فكذلك المرتد .
الدليل الثالث : إن الردة بمنزلة الموت لكونها مفضية إليه ، وذلك أن المرتد قد زالت عصمة نفسه فزالت أملاكه ، ومنها ملك النكاح فيبطل عقده^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : لا نسلم أن أملاك المرتد تزول زوالاً نهائياً وإنما تزول زوالاً موقوفاً ، فإذا ما أسلم عادت إليه . فالنكاح كذلك بدليل أن المرتد يقع طلاقه حال رده ، ولو كان قد زال نكاحه لما وقع .

(١) أحكام أهل الذمة ١/٣٤٠ - ٣٤٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٦٣٩ .

(٣) انظر : فتح القدير لابن الهمام ٢/٢١٤ ، والمبسوط ٥/٤٩ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن ردة أحد الزوجين بعد الدخول تجعل العقد موقوفا على العود في زمن العدة ، فإن عاد فهي زوجته وإن لم يعد انفسخ النكاح بما يلي :-

الدليل الأول : من القياس : وهو قياس ارتداد أحد الزوجين بعد الدخول على إسلام الحربية تحت الحربي بجامع اختلاف الدين في كل ، فكما أن النكاح يوقف في حالة إسلامها على انقضاء العدة ، فإن أسلم قبل انقضائها فهي امرأته ، وإن لم يسلم بانت منه ، فكذلك في حالة ارتداد أحدهما^(١) .

المناقشة :

ويمكن مناقشة هذا الدليل فيقال : إن قياسكم ردة أحد الزوجين على إسلام المرأة تحت الكافر قياس صحيح ، لكننا نختلف معكم في حكم الأصل المقيس عليه ؛ وذلك أن إسلام المرأة لا يوقف على انتهاء العدة بل يوقف على إسلام الزوج ، لكن إذا انتهت العدة ولم يسلم فإن الخيار للزوجة إن أحبت انتظرته وإلا فارقته وكذلك المرتد .

الدليل الثاني : من القياس : وهو قياس ارتداد أحد الزوجين بعد الدخول على تطليق الزوج زوجته طلاقا رجعيا بجامع أن كلا اللفظين ؛ لفظ الردة ولفظ الطلاق يوجب الفرقة ، فكما أن الزوج يحل له مراجعة زوجته قبل انتهاء العدة فكذلك المرتد^(٢) .

المناقشة :

ويمكن مناقشة هذا القياس فيقال : إنه قياس مع الفارق ، وذلك أن الطلاق لا يكون إلا من الزوج ولا تملكه الزوجة بخلاف الردة ، فإنها قد تحدث من الزوج والزوجة كما أن الطلاق أمر مشروع بخلاف الردة فإنها أمر منكر فافترقا .

الدليل الثالث : إن اختلاف الدين بالردة ، المقصود بها منابذة الملة لا الحليلة . والنكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بمجرد الردة ، وبعد الدخول ، النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس الردة حتى ينضم إليه ما يؤثر في الفرقة ، وهو انقضاء العدة^(٣) .

(١) انظر : المغني لابن قدامة ١٣٩/٦ .

(٢) المغني لابن قدامة ٦٣٩/٦ .

(٣) المبسوط للسرخسي ٤٥/٥ - ٤٩ ، فتح القدير لابن الهمام ٥١٤/٢ .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا الدليل فيقال : سلمنا أن النكاح لا يرتفع بنفس الردة لكن لا نسلم أنه يزول بمجرد انتهاء العدة إذ لا دليل على ذلك بل إن انتهاء العدة يجعل النكاح جائزا لا لازما ، فإذا ما أحبت الزوجة انتظار زوجها فيما إذا كان هو المرتد فلها ذلك وإلا فارقت وتزوجت .

دليل القول الثالث :

استدل ابن أبي ليلى لرأيه بالقياس ؛ فقاس الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين على الفرقة بسبب إسلام أحدهما فقال : إن إسلام أحدهما لا يوقع الفرقة إلا بإبائه المتأخر عن الإسلام ، فكذلك الفرقة بسبب ردة أحدهما لا توقع الفرقة إلا عندما يطلب منه الرجوع عن رده ويأبى ذلك^(١) .

وقد سبقت الإجابة عن هذا القياس في أدلة القول الأول ، والثاني .

أدلة القول الرابع :

استدل أصحاب القول الرابع لما ذهبوا إليه من أن الردة تجعل عقد النكاح موقوفا على رجوع المرتد منهما إلى الإسلام ، فإن رجع قبل انتهاء العدة فهي زوجته وإن لم يرجع فهي بالخيار إن أحبت انتظرته وإلا فارقت بما يلي :

الدليل الأول : أن خلقا كثيرا على عهد الخلفاء الراشدين قد ارتدوا ، ومنهم من لم ترتد امرأته ثم عادوا إلى الإسلام وعادت إليهم نساؤهم ، وما عرف أن أحدا منهم أمر أن يحدد عقد نكاحه ، مع العلم بأن منهم من عاد إلى الإسلام بعد مدة أكثر من مدة العدة ، ومع العلم بأن كثيرا من نساؤهم لم ترتد ، ولم يستفصل رسول الله ﷺ ولا خلفاؤه أحدا من أهل الردة ، هل عاد إلى الإسلام بعد انقضاء العدة أم قبلها ، بل المرتد إن استمر على رده قتل ، وإن عاد إلى الإسلام فامرأته وماله باق بحاله^(٢) .

الدليل الثاني : أن في تعجيل الفرقة تنفيرا لهم عن العود إلى الإسلام ، والمقصود

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأبي يوسف ص ١٩١ ، والمبسوط للسرخسي ٤٩/٥ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ .

(٢) أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٤٤/١ ، ٣٤٥ .

هو تأليف القلوب بكل طريق^(١) .

الرأي المختار :

والذي أختره هو القول الرابع ، وهو أن الردة تجعل عقد النكاح موقوفا على رجوع المرتد منهما إلى الإسلام لما يأتي .

أ - قوة أدلة القائلين به وسلامتها من المناقشة .

ب - إن ردة أحد الزوجين كإسلام أحدهما قبل الآخر وذلك لا يوجب تعجيل الفرقة كما سبق وأن ذكرناه .

ج - أن في القول بعدم تعجيل الفرقة ترغيبا للمرتد بالرجوع إلى الإسلام بخلاف التفريق فإن فيه تنفيرا له ، والمطلوب هو الترغيب والتأليف والله أعلم .

المبحث السابع : ارتداد الزوجين معا بعد الدخول

إذا ارتد الزوجان معا بعد الدخول فحبسا أو هربا ففي حكم عقدهما خلاف بين العلماء وسنفصل آراءهم في ذلك :

مذهب الحنفية : يرى علماء الحنفية - عدا زفر - أن الزوجين إذا ارتدا معا أن النكاح يبقى بينهما ، فإذا عادا إلى الإسلام معا بقيا على نكاحهما ولو بعد العدة ، ويرى زفر أنه بمجرد ارتدادهما تقع الفرقة بينهما . جاء في المبسوط : « إذا ارتد الزوجان معا فهما على نكاحهما استحسانا عندنا ، وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر »^(٢) .

مذهب المالكية : ويرى علماء المالكية أن ارتداد الزوجين يفسخ النكاح ، جاء في

(١) المرجع السابق .

(٢) ٤٩/٥ وجاء في مختصر الطحاوي ص ١٨١ : « إذا ارتدا معا بقيا على نكاحهما ، فإن رجعا إلى الإسلام معا ثبتا على نكاحهما ... ولا تراعى العدة في شيء مما ذكرنا » ، وجاء في بدائع الصنائع ٣٣٧/٢ : « إذا ارتدا معا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا ، حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما ، والقياس أن تقع الفرقة . وهو قول زفر » . وانظر : تبين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ ، وشرح صدر الشريعة على متن الوقاية ١٨٣/١ (مطبوع بهامش كشف الحقائق) ، وكشف الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٣/١ ، والجوهرة النيرة ٢٤/٢ ، والاختيار لتعليل المختار ١١٤/٣ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٥/٢ ، ورمز الحقائق للعيني ١٦٥/١ .

الإشراف على مسائل الخلاف : « إذا ارتدا معا انفسخ النكاح قبل الدخول وبعده »^(١).

مذهب الشافعية : ويرى علماء الشافعية أنهما إذا ارتدا بعد الدخول تقف الفرقة على انقضاء العدة ، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح ، وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة ، جاء في المذهب : « إذا ارتد الزوجان ... بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة ، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح ، وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة »^(٢).

مذهب الحنابلة : إذا ارتدا معا ففي مذهب الحنابلة روايتان :

إحداهما : تتعجل الفرقة .

والثانية : تقف الفرقة على انقضاء العدة ، فإن أسلما قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلما حتى انقضت بانت من حين ردتهم ، جاء في المغني : « إن ارتد الزوجان معا ، فحكمهما حكم مالو ارتد أحدهما ، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين ، وهذا مذهب الشافعي . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتدا معا أو أحدهما ثم تابا ، أو تاب فهو أحق بها ما لم تنقض العدة »^(٣).

(١) ١٠٥/٢ وانظر : التاج والإكليل ٤٧٩/٣ ، ومواهب الجليل للخطاب ٤٧٩/٣ ، وشرح الخرشي على خليل ٢٢٩/٣ ، وحاشية العدوي عليه ، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ١٧٨/٢ ، وشرح منح الجليل لمحمد عlish ٧٢/٢ ، وجواهر الإكليل ١٩٦/١ .

(٢) ٥٥/٢ وجاء في الإقناع للماوردي ص ١٣٨ : « إذا ارتدا معا بطل النكاح إلا أن يرجعا إلى الإسلام قبل انقضاء العدة » .

وانظر : شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ١٦١/٣ ، ونهاية المحتاج للرمل ٢٨٨/٦ ، ومغني المحتاج للشربيني ١٩٠/٣ .

(٣) ٦٤٠/٦ وجاء في الهداية لأبي الخطاب ٢٦٠/١ : « إن كانت الردة بعد الدخول فعلى روايتين إحداهما : تقع الفرقة في الحال ، والثانية : تقف على انقضاء العدة ، فإن أسلما قبل انقضائها فهما على نكاحهما » . وانظر : الكافي لابن قدامة ٧٠٤/٢ ، والشرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج بن قدامة ٢٧٤/٤ ، والمبدع لابن مفلح ١٢٢/٧ ، والفروع ٢٤٩/٥ ، والإقناع للحجاوي ٢٠٤/٣ .

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن الفرقة لا تتعجل ولا تقف على انقضاء العدة بل على إسلامهما فإذا أسلما فهما على نكاحهما ولو بعد انقضاء العدة^(١).

ويتضح مما سبق أن ما ذكرناه أن للعلماء في ارتداد الزوجين معا بعد الدخول ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الأمر موقوف على إسلامهما ، فإذا أسلما ولو بعد انقضاء العدة فهما على نكاحهما ، وبه قال الحنفية ، وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة .

القول الثاني : أن عقد النكاح موقوف على انقضاء العدة فإن انقضت العدة ولم يسلما انفسخ النكاح ، وإن أسلما في العدة فهما على نكاحهما وبه قال الشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم .

القول الثالث : أن الفرقة تتعجل بمجرد ارتدادهما وبه قال المالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم ، وزفر من الحنفية .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه من عدم التفريق بمجرد ارتداد الزوجين معا ، وأنهما إذا أسلما معا - ولو بعد العدة - فهما على نكاحهما بما يأتي :-

الدليل الأول : أن بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر رضي الله عنه ، ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة بعد التوبة ، ولا أحد من الصحابة رضي الله عنهم سواء فكان هذا العمل محل اتفاق الصحابة^(٢).

الدليل الثاني : أن وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة بطيب المسلم فإذا ارتدا معا لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لأنه تقابل الخبث بالخبث ، والمعنى فيه

(١) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٤٦/٤ ، ٥٤٧ ، وأحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٤٤/١ ، ٣٤٥ .
(٢) المبسوط للسرخسي ٤٩/٥ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣٤٤/١ ، ٣٤٥ .

أنه لم يختلف بهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما إذا أسلم الكافران معا^(١) .

مناقشة هذا الدليل :

ناقش الموفق ابن قدامة هذا الدليل فقال : « يبطل ، أي هذا الدليل ، بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية ، فإن نكاحهما يفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ، ويقران عليه بخلاف الردة »^(٢) .

الجواب عن هذه المناقشة :

أجاب الحنفية عن سبب انفساخ العقد في حالة انتقال المسلم واليهودية إلى دين النصرانية بأن الزوج المسلم لا يقر على انتقاله ، وأما المرأة فإنها تقر فصار كردة الزوج وحده^(٣) وردة الزوج وحده موجبة للفرقة عندهم كما سبق^(٤) وأما ابن تيمية وابن القيم فبتبع كتبهم لم أر أنهم استثنوا هذه الصورة حتى يتجه لهما الإلزام بها .

دليل القول الثاني :

استدل الشافعية والحنابلة لما ذهبوا إليه من أن ردة الزوجين معا تجعل الفرقة موقوفة على انقضاء العدة ، بقياس ارتداد الزوجين معا على ارتداد أحدهما ، بجامع طروء الردة على عقد النكاح في كل ، فكما أن ارتداد أحد الزوجين يجعل العقد موقوفا على انقضاء العدة ، فكذلك ارتدادهما معا^(٥) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش هذا القياس فيقال : نسلم أن القياس الذي ذكرتموه صحيح^(٦) ، لكننا نخالفكم في حكم الأصل المقيس عليه ، وذلك أن ارتداد أحد الزوجين لا يوجب إيقاف

(١) المبسوط للسرخسي ٤٩/٥ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ ، بدائع الصنائع للكاساني ٣٧٧/٢ ، الاختيار لتعليل المختار ١١٤/٣ ، ورمز الحقائق للعيني ١٦٥/١ .

(٢) المغني ٦٤٠/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين (رد المختار) ٥٤٥/٢ .

(٤) انظر : المبحث السابق ص ٤٥٦ .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة ٦٤٠/٦ ، إلكافي لابن قدامة ٧٠٤/٢ ، والشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة ٢٧٤/٤ .

(٦) هذه المناقشة تتمشى مع رأي ابن تيمية وابن القيم السابق لا على مذهب الحنفية ، وذلك أنهم يرون أن ارتداد أحد الزوجين يفسخ النكاح .

العقد على انقضاء العدة ، وإنما على إسلام المرتد منهما كما سبق^(١) . فكذا ارتدادهما معا .

دليل القول الثالث :

واستدل أصحاب القول الثالث القائلون بأن ارتداد الزوجين معا يفسخ النكاح بالمعقول فقالوا : إن في ردتها ردة أحدهما وزيادة ، فإذا كانت ردتها تنافي ابتداء النكاح فهي تنافي البقاء كذلك^(٢) .

المناقشة :

ونوقش هذا القول بأن كون الردة تنافي ابتداء النكاح لا يلزم منه منافاتها للبقاء حتى يسلم ، فليس كل ما يمنع الابتداء يمنع البقاء بدليل أن العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع بقاءه^(٣) .

الرأي المختار :

والذي أختره هو أن الزوجين إذا ارتدا معا ثم أسلما ولو بعد انقضاء العدة لا يفسخ نكاحهما ولا يحتاج إلى تجديد - كما ذهب إلى ذلك الحنفية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة - وذلك لأن الاستدلال بقصة المرتدين قوي ، فلم يذكر عن أحد من الصحابة أنهم أمروا أحدا من المرتدين بتجديد النكاح . ولو حصل ذلك لنقل ، فلما لم ينقل إلينا شيء من ذلك دل على صحته والله أعلم .

(١) انظر : ص ٤٦١ ، ٤٦٢ .

(٢) المبسوط للسرخسي ٤٩/٥ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٧٨/٢ ، رمز الحقائق للعيني ١٦٥/١ .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

الفصل الرابع

في الجنايات

المبحث الأول : عفو المقتول خطأ عن الدية

اختلف العلماء في حكم عفو المقتول خطأ - قبل أن يفارق الحياة - عن ديته على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن عفو المقتول خطأ عن ديته نافذ في الثلث ، موقوف على إجازة الورثة في الثلثين ، وبه قال جمهور العلماء .

وجاء في لسان الحكام : « إذا كانت الجناية خطأ وقد عفا عنها فهو عفو عن الدية ، فيعتبر من الثلث ، لأن الدية مال في حق الورثة ، فحق الورثة يتعلق بها ، فالعفو وصية فتصح من الثلث »^(١) .

وجاء في الشرح الكبير للدردير : « إن عفا المجني عليه خطأ قبل موته فالعفو كالوصية بالدية للعاقلة والجاني ، فتكون في ثلثه »^(٢) .

وجاء في الأم : « إذا جنى الرجل جناية خطأ فعفا المجني عليه عن أرش الجناية ، فإن لم يمت من الجناية فالعفو جائز ، وإن مات فالعفو وصية تجوز من الثلث وهي وصية لغير قاتل لأنها على عاقلته »^(٣) .

جاء في المغني : « وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث ، سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غيرها ، فإن خرجت من الثلث صح عفوهُ في الجميع ، وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث ، وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي »^(٤) .

(١) ص ٣٩٥ .

(٢) ٢٦٣/٤ .

(٣) ٧٧/٦ .

(٤) ٧٤٨/٧ .

القول الثاني : أن عفو المقتول خطأ عن الدية قبل وفاته يعتبر صحيحاً وينفذ من كل المال وليس في الثلث فقط ، وبه قال جماعة من العلماء ، منهم طاووس والحسن البصري^(١) .

جاء في بداية المجتهد : « وقال قوم : يجوز في جميع ماله ، ومن قال به طاووس والحسن البصري »^(٢) .

القول الثالث : أن عفو المقتول خطأ عن ديته قبل وفاته يعتبر باطلاً مطلقاً لا ينفذ في شيء من ديته لا في قليل ولا كثير ، وبه قال ابن حزم جاء في المحلى : « لم يأت قط نص من الله تعالى ولا من رسوله ﷺ على أن للمقتول خياراً في دية أو قود ، ولا أن له دية واجبة فبطل أن يكون له في شيء من ذلك حق أو رأي أو نظر أو أمر ، فإن كان ذلك كذلك ... فإنما هي مال للأهل حدث لهم بعد موته ، ولم يرثوه قط عنه إذ لم يجب له قط شيء منه في حياته فمن الباطل أن يقضي دينه من مال الورثة الذي لم يملكه قط في حياته ، وأن ينفذ فيه وصيته »^(٣) .

وعليه : فإن ابن حزم يعتبر عفو الورثة بعد موت المقتول عن الدية أو بعضها عفواً مبتدأ ، وليس تنفيذاً لما أوصى به الميت لأن عفوه باطل وليس موقوفاً على إجازة الورثة .
الأدلة :

دليل القول الأول :

استدل القائلون بأن عفو الميت خطأ عن ديته نافذ في الثلث موقوف على إجازة الورثة في الثلثين بأن دية الميت تعتبر مالا موروثاً وعفو الميت قبل موته يعتبر وصية ، فتصح من الثلث لأن الوصية موقوفة على إذن الورثة فيما زاد على الثلث^(٤) .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بجواز عفو المقتول عن ديته مطلقاً بما يلي :

(١) انظر كتاب الديات للضحاك ص ٢٦ .

(٢) ٤٠٣/٢ .

(٣) ٢٦٢/١٢ ، ٢٦٣ (بتصرف) .

(٤) بداية المجتهد ٤٣٩/٢ .

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ الآية (١) .

وجه الاستدلال :

إن في الآية ترغيبا وحثا للإنسان على العفو عما أصابه ، وأن ذلك يكون كفارة للمتصدق فدل ذلك على الجواز إذ لا تقييد في الآية .

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : إن المراد بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ ﴾ أي بما يملكه أو بما يكون له الحق في التصديق به ، وأما مالا يملكه أو الذي ليس من حقه التصديق به فإنه يوقف على إذن صاحب الشأن .

الدليل الثاني : عن قتادة أن عروة بن مسعود الثقفي (٢) دعا قومه إلى الله ورسوله فرماه رجل منهم بسهم فمات فعفا عنه ، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأجاز عفوهم وقال : هو كصاحب ياسين (٣) .

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٢) هو عروة بن مسعود الثقفي بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف بن ثقيف الثقفي ، وهو عم والد المغيرة بن شعبة ، صحابي جليل ، وأمه سبيعة بنت عبد شمس بن عبد مناف أخت أمية ، كان أحد الأكابر من قومه ، استأذن النبي ﷺ أن يرجع إلى قومه ليدعوهم إلى الإسلام فقال : إني أخاف أن يقتلوك قال : لو وجدوني نائما ما أيقظوني ، فرجع فدعاهم إلى الإسلام ونصح لهم فعصوه وأسمعوه من الأذى ، فلما كان من السحر ، قام على غرفة له فأذن فرماه رجل من ثقيف بسهم فقتله ، فلما بلغ النبي ﷺ قال : « مثل عروة مثل صاحب ياسين دعا قومه إلى الله فقتلوه » . أسد الغابة : ٤٠٥/٣ ، ٤٠٦ . تهذيب التهذيب : ٤٧٧/٢ .

(٣) السيرة النبوية لابن هشام ١٨٢/٤ ، والمحلى لابن حزم ٢٥٧/١٢ . وصاحب ياسين : هو الذي ورد ذكره في سورة « يس » في قوله تعالى : ﴿ وَجَاءَ مِنْ أَقْصَى الْمَدِينَةِ رَجُلٌ يَسْعَى ﴾ قيل في تفسير هذه الآية : إن هذا الرجل اسمه حبيب بن النجار وقيل : حبيب بن مري وقيل غير ذلك من أهل أنطاكية وكان رجلا سقيما مصابا بالجذام ، وكان منزله عند باب من أبواب المدينة قاصيا ، وعكف على عبادة الأصنام سبعين سنة يدعوهم لعلمهم يرحمونه ويكشفون ضره ، فلم يستفد من عبادتهم شيئا ، ومر به الرسل الذين بعثهم الله إلى أهل القرية قال تعالى : ﴿ وَاضْرِبْ لَهُمْ مَثَلًا أَصْحَابَ الْقَرْيَةِ إِذْ جَاءَهَا الْمُرْسَلُونَ ﴾ قيل : إنهم ثلاثة وهم صادق وصادوق وشلوم فدعوه إلى عبادة الله وترك عبادة الأصنام التي لا تنفع ولا تضر ، فقال : هل من آية ؟ قالوا نعم ندعو ربنا القادر فيفرج عنك ما بك ، فقال : إن هذا العجب ، أدعو هذه الآلهة سبعين سنة تفرج عني فلم تستطع ، فكيف يفرجه ربكم في غداة واحدة ؟ =

وجه الاستدلال :

أن الرسول ﷺ أجاز عفوه عن قاتله ، والعفو عام في القود والدية ، فدل على جواز عفو المقتول عن ديته .

المناقشة :

ناقش ابن حزم المستدلين بهذا الحديث فقال : إن عروة بن مسعود الثقفي إنما قام بدعوة قومه إلى الإسلام وهم كفار حريون قد حاربهم النبي ﷺ ورجع عنهم وهم أطغى ما كانوا - فتوجه إليهم عروة داعياً إلى الإسلام كما في نص الحديث المذكور - فرموه فقتلوه - ولا خلاف بين أحد من الأمة في أنه لا قود على القاتل إذا أسلم ولا دية ، فأى معنى للعفو ههنا ؟.

وهكذا شبهه النبي ﷺ بصاحب ياسين فبطل أن يكون لهم متعلق به أصلاً^(١) .

الدليل الثالث : عن عدي بن ثابت^(٢) قال : قال رجل من أصحاب النبي ﷺ سمعت النبي ﷺ يقول : « من تصدق بدم فما دونه كان كفارة له من يوم ولد إلى يوم تصدق به »^(٣) .

= قالوا : نعم ربنا على ما يشاء قدير ، وهذه لا تنفع شيئاً ولا تضر ، فأمن فدعوا ربهم فكشف الله ما به ، فكان ذا صدقة ، يجمع كسبه إذا أمسى فيقسمه نصفين ، فيطعم نصفاً عياله ويتصدق بنصف ، فلما بلغه أن قومه كذبوا الرسل وهما يقتلهم جاء يسعى إليهم يذكرهم بالله ويدعوهم إلى اتباع المرسلين ﴿ قَالَ يَقُومُ اتَّبِعُوا الْمُرْسَلِينَ ﴾ قيل : إنه لما قال ذلك لقومه رفعوه إلى الملك ، وقالوا : قد تبعنا عدونا فطول معهم الكلام ليشغلهم بذلك عن قتل الرسل إلى أن قال : ﴿ إِنِّي ءَامَنْتُ بِرَبِّكُمْ ﴾ فوثبوا عليه فقتلوه . وفي رواية أنهم قتلوا الرسل الثلاثة ، ورموه بالحجارة ، وهو يقول : اللهم اهد قومي ، حتى قتلوه والله أعلم . انظر : تفسير الطبري ١٠٢/٢ ، ١٠٣ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧/١٥ ، ١٨ ، زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ١٢/٧ .

(١) المحلى لابن حزم ٢٥٧/١٢ .

(٢) هو عدي بن ثابت الأنصاري الكوفي ، روى عن أبيه وجده لأمه عبد الله بن يزيد الخطمي والبراء بن عازب ، وعنه شعبة ومسعر وأبو إسحاق السبيعي وغيرهم . كان إمام مسجد الشيعة وقاضيه . قال ابن معين : شيعي مفرط . وقال أحمد : ثقة إلا أنه كان يتشيع ، توفي سنة ١١٦ هـ . التاريخ لابن معين ٣٩٧/٢ ، الكاشف للذهبي ٢٥٩/٢ ، تهذيب التهذيب ١٦٥/٧ .

(٣) الحديث رواه أبو يعلى ، ورجاله رجال الصحيح غير عمران بن ظبيان وقد وثقه ابن حبان وفيه ضعف مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ٣٠٢/٦ ، الثقات لابن حبان ٢٣٩/٧ ، وانظر : المحلى ٢٥٧/١٢ ، وانظر : في تضعيف عمران بن ظبيان ميزان الاعتدال للذهبي ٢٣٨/٣ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر ١٣٣/٨ .

توجيه الاستدلال :

ويمكن توجيه الاستدلال فيقال : إن في الحديث ترغيباً بالصدقة بالدم وما دونه ، والمراد بالذي دونه الدية والجروح ، وبيان أن ذلك كفارة للمتصدق ، فدل هذا الترغيب على نفاذ صدقة المتصدق بالدم والدية وأنها ليست مردودة أو موقوفة على إذن أحد .

مناقشة الدليل :

قال ابن حزم : إن في الحديث المذكور عللاً تمنع من الاحتجاج به :

- أ - أنه من رواية عمران بن ظبيان^(١) وليس بمعروف العدالة ، قال أحمد : فيه نظر .
- ب - أنه منقطع لأن عدي بن ثابت لم يذكر سماعه إياه من صاحب .
- ج - إننا لا ندري ذلك صاحب ، أصحت صحبته أم لا ؟^(٢) ... وعليه فإن الحديث ضعيف لا تقوم به حجة .

الدليل الرابع : من المعقول أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال^(٣) .

المناقشة :

ويمكن أن يناقش بأن الدم موجه القصاص ، وهو ليس بمال ، فحق الورثة غير متعلق به بخلاف الخطأ .

أدلة القول الثالث :

استدل ابن حزم لما ذهب إليه من أن عفو المقتول خطأ عن ديته باطل بما يأتي :-

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ الآية^(٤) .

(١) هو عمران بن ظبيان الحنفي الكوفي ، روى عن عدي بن ثابت وجماعة ، وعنه قيس بن الربيع وعبد الله بن مسلم ابن سلام وإسرائيل وشريك وغيرهم . وهو من كبراء أهل الكوفة يميل إلى التشيع . قال ابن حبان : كان ممن يخطئ ، لم يفحص خطؤه حتى يطل الاحتجاج به ، ولا يحتج بما انفرد به من الأخبار ، وقال البخاري : فيه نظر . التاريخ الكبير للبخاري ٤٢٤/٦ ، المجروحين لابن حبان ١٢٣/٢ ، ١٢٤ ، تهذيب التهذيب ١٣٣/٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ٢٥٧/١٢ وانظر : ترجمة عمران بن ظبيان السابقة .

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ٤٣٩/٢ .

(٤) سورة النساء آية ٩٢ .

وجه الاستدلال :

أن في الآية دليلاً على أن الدية في الخطأ فرض أن تسلّم إلى أهل المقتول ، فإذا كان ذلك كذلك فحرام على المقتول أن يبطل تسليمها إلى من أمر الله تعالى بتسليمها إليهم^(١) .

المنافشة :

ويمكن أن يناقش ذلك فيقال : إن المقتول لا يبطل تسليم الدية بكاملها من أن تصرف إلى أهلها ، ولكن لما كانت الدية مالا وعفو المقتول وصية مضاف إلى ما بعد الموت ، فإن للميت الحق في العفو من الثلث ، وإذا لم يف الثلث فإن ما زاد يبقى موقوفاً على إذن الورثة ، وعليه فإن الميت لم يعف قبل مماته إلا في حدود ما أجاز له الشرع ولم يبطل بعفوه ما فرضه الله من تسليم الدية المستحقة لأصحابها ؛ لأن الورثة لا يستحقون حال عفوهم إلا الثلثين .

الدليل الثاني : إن الدية عوض من القود بلاشك ، وعوض عن النفس في الخطأ بيقين ، ولا خلاف بين أحد من الأمة في أن المقتول مادام حياً ليس له حق في القود ، فإذا لا حق له في ذلك فلا عفو له ، ولا أمر فيما لا حق له فيه ، وكذلك من لم تذهب نفسه بعد ، لأن الدية في الخطأ عوض منها فلم يجب بعد شيء ، فلا حق له فيما لم يجب بعد^(٢) .

المنافشة :

يمكن أن يناقش ذلك فيقال : نسلم أن المقتول مادام حياً ليس له حق في القود لأن القود لا يثبت إلا بعد حصول القتل ، والمقتول لا يستطيع القصاص بعد قتله ، فثبت ذلك لأوليائه ، لكن لا نسلم أن عفوهم غير نافذ بل إذا عفى بطل القصاص ، قال ابن بطل^(٣) : « أجمعوا على أن عفو الولي إنما يكون بعد موت المقتول ، وأما قبل ذلك

(١) المحلى لابن حزم ٢٦١/١٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ٢٦٢/١٢ .

(٣) ابن بطل : هو أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطل ، يعرف باللجام ، عالم بالحديث ، من أهل قرطبة ، له شرح البخاري ، والاعتصام في الحديث . توفي سنة ٤٤٤ هـ وقيل سنة ٤٤٩ هـ . شذرات الذهب ٢٨٣/٣ ، الديباج المذهب ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ . الأعلام للزركلي ٢٨٥/٤ ، شجرة النور الزكية ١١٥/١ .

فالعفو للقتيل خلافا لأهل الظاهر فإنهم أبطلوا عفو القتل»^(١) .

وأما القول بأن الدية في الخطأ كذلك فغير مسلم فإن الدية مال فتدخل في الميراث ، وعفو المقتول يعتبر وصية لأنه مضاف إلى ما بعد الموت فينفذ في الثلث ، ويوقف ما زاد على إذن الورثة لأنه حقهم .

الرأي المختار :

والذي أختره بعد عرض الأدلة ومناقشتها هو رأي الفريق الأول القائلين بأن عفو المقتول خطأ عن ديته نافذ في ثلثه وما زاد يكون موقوفا على إجازة الورثة ، لقوة دليله ، ولأن عفو المقتول أشبه بالوصية فيأخذ حكمها .

المبحث الثاني : العفو عن الجرح والقطع وسرايتهما

عفو المجني عليه عن القطع والجرح وسرايتهما سواء أكان عمدا أو خطأ - صحيح - إذا شفي منه بإجماع الفقهاء^(٢) ، أما في حالة سريان الجرح والقطع ووفاة المجني عليه فإن الأمر لا يخلو من حالتين :-

الحالة الأولى : أن يكون الجرح والقطع عمدا .

الحالة الثانية : أن يكون الجرح والقطع خطأ .

أما في الحالة الأولى وهي ما إذا كان الجرح والقطع عمدا فإن جماهير الفقهاء ينظرون إلى الصيغة التي صدر بها العفو من المجني عليه .

أ - فإذا قال : عفوت عن الجرح والقطع فقط - مما فيه قصاص - ثم سرى إلى النفس فمات المجني عليه فللعلماء في ذلك ثلاثة أقوال :-

القول الأول : أن عفوه صحيح مسقط للقصاص ، وهو قول جماهير العلماء ، جاء في بدائع الصنائع : « إن كان العفو بلفظ الجراحة ، ولم يذكر - وما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، والقياس أن يجب القصاص ، وفي الاستحسان

(١) انظر : فتح الباري ٢١١/١٢ ، عمدة القاري للعيني ٤٥/٢٤ .

(٢) انظر : الأم للشافعي ١٣/٦ ، والبدائع للكاساني ٢٤٩/٧ .

تجب الدية في مال القاتل ، وعندهما يصح العفو ولا شيء على القاتل «^(١) .

وجاء في نهاية المحتاج : « لو قطع عضوه فعفا عن قوده وأرشه ، فإن لم يسر القطع فلا شيء ، وإن سرى إلى النفس فلا قصاص في نفس وطرف لتولد السراية من معفو عنه «^(٢) .

وجاء في المغني : « إذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ، ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي «^(٣) .

القول الثاني : أن عفوه غير صحيح ولا قيمة له وبه قال ابن حزم جاء في المحلى : « وأما من جنى عليه بجرح أو قطع أو كسر فعفا عنه فقط ، أو عنه وعمّا يحدث منه فعفوه عما يحدث منه باطل «^(٤) .

القول الثالث : أن عفوه موقوف على إذن الورثة فلهم أن يمضوا العفو أو يردوه أو يأخذوا بالقصاص أو يصلحوا وإليه ذهب المالكية .

جاء في الشرح الكبير للدردير : « وإن عفا مجروح عمداً أو خطأ عن جرحه مجاناً ، أو صالح عنه بمال فمات من جرحه فلا وليائه القسامة أو القتل في العمد ، والدية في الخطأ ، ولهم إمضاء العفو أو الصلح «^(٥) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بسقوط القصاص بما يلي :

أولاً : أن صورة العفو - عن الجرح والقطع مما فيه قصاص - أورثت شبهة وهي دائرة للقود^(٦) .

(١) ٢٩٦/٧ .

(٢) ١٣/٦ .

(٣) ٧٤٨/٧ .

(٤) ٢٦٤/١٢ .

(٥) ٢٦٤/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ٢٤٩/٧ .

ثانيا : أنه يتعذر استيفاء القصاص في القود دون ما عفا عنه فسقط . كما لو عفا بعض الأولياء^(١) .

دليل القول الثاني :

واستدل ابن حزم لما ذهب إليه - من أن عفو المقطوع أو المجرّح غير صحيح ولا قيمة له بأن الجرح والقطع كان له القود فيه فعفا عنه فسقط ، وبقي قتل النفس فقط ولا عفو له فيه لأنه لم يجب بعد فهو للورثة^(٢) .

ويمكن الإجابة عنه بما سبق من أنه لما عفا عن الجرح والقطع وسقط تعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فيسقط أشبه عفو بعض الأولياء .

دليل القول الثالث :

وأما أصحاب القول الثالث فلم أجد لهم دليلا .

الرأي المختار :

والذي أميل إليه هو القول الأول لقوة أدلته ولأن القصاص يدرأ بالشبهات . وإذا قال : عفوت عن الجرح والقطع وما يحدث منهما أو عن الجناية وما يحدث منها ثم مات بسبب ذلك فللعلماء في صحة عفوه ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن العفو صحيح ، ولا يجب شيء مطلقا ، وبه قال جمهور العلماء . جاء في المبسوط : « إذا قال : عفوت عن الجناية أو الشجة وما يحدث منها أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو بالاتفاق »^(٣) وجاء في الكافي لابن عبد البر : « ومن عفا عن جرحه ثم مات ، وقال : إن مت عن هذا الجرح فقد عفوت . صح عفوه ، ولم يتبع الجاني بشيء . هذا هو المشهور عن مالك »^(٤) . وجاء في المغني لابن قدامة : « إذا قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها . صح عفوه ولم يكن له في سريانها قصاص ولا دية في ظاهر

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٤٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ١٢/٢٦٤ .

(٣) ١٥٤/٢٦ .

(٤) ١٠٩٩/٢ .

كلام أحمد ، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية ، وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاووس وقتادة والأوزاعي^(١) .

والشافعية يزون سقوط القصاص ، وأما الدية فيصح العفو عنها كذلك عند بعضهم فإن خرجت من الثلث سقط ، وإلا سقط منها ما خرج من الثلث ، ووقف الباقي على إذن الورثة ، وقولهم هذا مبني على أن العفو وصية^(٢) .

القول الثاني : أن عفوه غير صحيح ولا قيمة له ، ولا يسقط به شيء مطلقا ، وبه قال ابن حزم^(٣) .

القول الثالث : أن عفوه عن القود صحيح ، وأما الدية فتجب على القاتل ، وهو رواية عند المالكية وبه قال بعض الشافعية .

جاء في الكافي لابن عبد البر : « وقد روي أنه يلزم القاتل هنا بالدية ، ويرفع القود »^(٤) .

وجاء في روضة الطالبين : « إن قال : عفوت عنه أو برأته من ضمان ما يحدث أو أسقطته . لم يؤثر فيما يحدث على الأظهر ، فيلزمه ضمانه »^(٥) .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل الجمهور من الفقهاء القائلين بصحة العفو بما يلي :

أولا : أن موجب العمد القود ، وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال^(٦) .

(١) ٧٥٠/٧ .

(٢) انظر : المهذب للشيرازي ١٨٩/٢ ، وروضة الطالبين للنووي ٢٤٣/٩ ، ٢٤٤ .

(٣) المحلى لابن حزم ٢٦٤/١٢ .

(٤) ١٠٩٩/٢ .

(٥) ٢٤٣/٩ ، ٢٤٤ .

(٦) شرح صدر الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق ٢٧٥/٢ .

ثانيا : القياس على الشفعة ، فكما أن للشفيع أن يسقط الشفعة بعد البيع فكذلك المجروح له أن يسقط ما يلزم بالجناية بعد الجرح^(١) .

دليل القول الثاني والثالث :

واستدل ابن حزم لما ذهب إليه من عدم صحة العفو عن القصاص والدية ، وبعض المالكية والشافعية الذين قالوا بعدم صحة العفو عن الدية بأنه أسقط حقه قبل ثبوته فلا يصح^(٢) .

ويمكن أن يجاب عن ذلك فيقال : إنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فيصح كالشفعة .

الرأي المختار :

والذي أختاره هو قول جمهور العلماء القائلين بسقوط القصاص والدية عن الجاني لقوة أدلتهم .

الحالة الثانية : وإذا كان الجرح والقطع خطأ فإن العلماء كما ينظرون إلى الصيغة التي صدر بها العفو من المجني عليه في العمد فكذلك في الخطأ .

أ - فإذا قال : عفوت عن الجرح والقطع فقط ، وأدى ذلك إلى وفاة المجني عليه ، فإن الدية تكون واجبة عند أبي حنيفة بكاملها^(٣) ، والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم^(٤) وكذلك الشافعية عدا أرش الجناية^(٥) .

وقال بعض الحنابلة وصاحب أبي حنيفة : إن العفو صحيح ولا تجب الدية^(٦) .
حجة جمهور العلماء القائلين بعدم سقوط الدية : « أنه عفا عن الجرح والقطع فقط

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٧/٧٢٠ .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم ١٢/٢٦٤ ، وروضة الطالبين للنووي ٩/٢٤٣ ، ٢٤٤ ، والمغني لابن قدامة ٧/٧٥٠ .

(٣) انظر : شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ٢/٢٧٥ ، وبدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٤٩ ، ولسان الحكام ص ٣٩٥ .

(٤) انظر : كشف القناع ٥/٥٤٥ .

(٥) الأم للشافعي ٦/٧٧ ، والمهذب للشيرازي ٢/١٩٠ .

(٦) الفروع لابن مفلح ٥/٦٦٩ ، وبدائع الصنائع ٧/٢٤٩ ، والمحزر لابن تيمية ٢/١٣٤ ، والإنصاف للمرداوي ١٠/١٠ .

دون السراية ، وحجة القائلين بسقوط الدية : أن السراية أثر للجرح والقطع ، والعفو عن الشيء يكون عفواً عن أثره .

وأرى أن ما ذهب إليه الجمهور أقوى ؛ لأن الجرح والقطع قد أصبح نفساً وهو لم يعف إلا عن الجرح والقطع ، فلذلك تجب الدية والله أعلم .

ب - وأما إذا قال : عفوت عن الجرح والقطع وما يحدث منهما ، ثم سرى إلى النفس ومات المجني عليه خطأ فهذه المسألة داخلة في حكم عفو المقتول خطأ عن الدية وقد مضت مناقشتها وبيان الراجح فيها .. والله الموفق .

الخاتمة

وفي هذه الخاتمة سأتكلم عن نتيجة من أهم نتائج هذا البحث ، ثم أعرض لأهم منجزاتي فيه .

أما النتيجة فهي أن التصرف الموقوف هو التصرف الذي لا يُعرف له حكم وقت إجراءاته ، وإنما يُعرف حكمه عند حدوث أمر لاحق .

والأمر اللاحق إما أن يكون إرادة شخص آخر غير العاقدين كما في إجازة المالك لتصرف الفضولي ، فعقد الفضولي ، وهو عقد موقوف يتوقف نفاذ عقده على جهة ثالثة غير المتعاقدين ، وهي صاحبة الحق الذي يملك الإجازة .

وإما ألا يكون متوقفا على إرادة شخص آخر ولكنه يتوقف على أمر خارجي كما في تعليق الطلاق والعناق بشرط ، فإذا وجد الشرط وقع ما علق عليه .

وأما التصرف غير اللازم فهو إما أن يكون بطبيعته لا يلزم أحد المتعاقدين أو كليهما^(١) أو يكون في العقد خيار لأحد العاقدين ، أو كليهما يجعل العقد غير لازم .

والعقد غير اللازم يكون لزومه أو عدم لزومه راجعا إلى المتعاقدين أنفسهما لا إلى شخص ثالث أو أمر خارجي ، كما في التصرف الموقوف ، وإذا كان عدم لزومه متوقفا على جهة ثالثة كما في الخيار إذا شرط فيه موافقة شخص آخر غير المتعاقدين فإن إرادة الشخص الآخر تعتبر امتدادا لإرادة العاقد الذي أسند هذا الحق إليه ، بدليل أن العاقد الأصلي يملك هذا الحق على خلاف العقد الموقوف ، حيث يحدث الوقف فيه على الشخص الآخر ابتداء ، دون حاجة إلى إسناد من أحد العاقدين ، وأن العاقد الأصلي لا يملك الإجازة أو الرفض .

وما ذكرناه من أن التصرف الموقوف لابد أن يتوقف على جهة ثالثة ، وأن غير اللازم

(١) مثال ما يلزم أحد المتعاقدين دون الآخر عقد الرهن فإنه يلزم الراهن ولا يلزم المرتهن . ومثال ما لا يلزم أي من المتعاقدين : عقد الوكالة ، والعارية ، والوديعة .

يكون لزومه أو عدم لزومه راجعا إلى المتعاقدين أنفسهما لا إلى جهة ثالثة أمر متفق عليه -
فيما ظهر لي - عند الفقهاء وإن لم يصرحوا به ، وقد ورد عن المالكية أن تصرف الصبي
المميز إذا كان تصرفه دائرا بين النفع والضرر وغفل عنه حتى ولي أمر نفسه أنه يتوقف
على إجازته^(١)، وربما يقول قائل : إن هذا التصرف لم يتوقف على جهة ثالثة ، بل على
أحد المتعاقدين ، فكيف يعتبر تصرفا موقوفا ؟ وجوابه أن هذا التصرف في الأصل قد
توقف على جهة ثالثة وهو الولي فهو في هذه الحالة قد تحقق فيه وصف الوقف ، لكن
الولي قد غفل عنه وأهمله ، ولما بلغ الصبي وولي أمر نفسه كان إنفاذه إليه ، وإلا فلو لم
يوجد المجيز من الأصل لم يكن تصرف الصبي موقوفا ؛ لأن التصرف الذي لا مجيز له
لا يتوقف بل يبطل^(٢) .

إذا علم ما تقدم من الفرق بين العقد الموقوف والعقد غير اللازم ، وأن العقد الموقوف
لا بد أن يتوقف على جهة ثالثة غير عاقيه فإن أحد الفقهاء المعاصرين^(٣) ، ذكر بعض
ما أورده الفقهاء من العقود وأطلقوا عليه صفة الوقف ، ووعد ببيان مالا يعتبر منه

(١) جاء في مقدمات ابن رشد ورقمه ٩٩ : « إذا باع (أي الصبي المميز) أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء
مما يخرج عن عوض ولا يقصد فيه إلى معروف كان موقوفا على نظر وليه ، فإن رآه سدادا أو غبطة أجازته ، وإن
رآه بخلافه رده وأبطله ... وإن غفل عن ذلك حتى ولي أمره كان النظر إليه في إجازة ذلك أو رده » اهـ .
(٢) هذا هو رأي جمهور الفقهاء ، جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤٠/٢ : « إنما يتعقد عندنا على التوقف كل عقد
له مجيز حالة العقد ، فأما إذا لم يكن له مجيز فإنه لا يتوقف » .
وجاء في مواهب الجليل للحطاب ٢٣٩/٤ : « إجازة من له الإجازة في البيع كالولي يجيز بيع السفينة والوصي
يجيز بيع الصبي » .

وجاء في شرح الوجيز للرافعي ١٢٣/٩ : « شرط الوقف عند أبي حنيفة أن يكون للعقد تنجيز في الحال مالكا
كان أو غير مالك ... والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد ... قال الشيخ أبو محمد : ولا يخالف في ذلك
أبا حنيفة إذا فرعنا على القديم » .

وأما الحنابلة فبعضهم يشترط وجود المجيز كما هو رأي جمهور العلماء ، وبعضهم لا يشترط وجوده ، جاء في المبدع
لابن مفلح ١٠٦/٤ عند الكلام على بيع الفضولي : « وعنه يصح ويقف على إجازة المالك .. لأنه عقد له مجيز في
حال وقوعه فوقف على إجازته ، واشترطت إجازة المالك دفعا للضرر اللاحق به . قال بعضهم : ولو لم يكن له مجيز
في الحال » اهـ وإتيان صاحب المبدع بحرف (لو) للدلالة على الخلاف في المسألة . انظر : المدخل لابن بدران ص
٢١٣ .

(٣) هو د . محمد زكي عبد البر في مقاله (العقد الموقوف) نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٥٧ ، العدد
الأول والثاني .

موقوفا وقد سررت كثيرا لهذا الوعد وقرأت البحث بعناية وشغف مترقبا هذا الوعد ، لكنني عدت بخفي حنين ، بل إن الباحث في بعض الحالات أطلق على ما ليس بموقوف صفة الوقف ، وحيث إنني - بفضل الله وتوفيقه - استطعت الوصول إلى المعايير التي تحكم فقه المسألة ، فإنني سأطبق ذلك على هذه المسائل لنرى ما يدخل منها في العقد الموقوف ، وما لا يدخل ، ومما أطلق الفقهاء عليه صفة الوقف ما يلي :

- ١ - بيع الشيء بقيمته^(١) .
- ٢ - بيع الشيء برقمه^(٢) .
- ٣ - بيع الشيء بمثل ما يبيعه الناس^(٣) .
- ٤ - بيع الشيء بمثل ما باع فلان^(٤) .
- ٥ - بيع الشيء ما أخذ به فلان^(٥) .
- ٦ - بيع الشيء برأسماله وهو غير معروف^(٦) .
- ٧ - بيع الشيء بما اشتراه وهو غير معروف^(٧) .
- ٨ - بيع الشيء بما حل به^(٨) .
- ٩ - بيع الشيء بما يريده^(٩) .

(١) تنوير الأبصار للتمرتاشي مطبوع مع الدر المختار ٧٥/٢ .
(٢) الرقم : (بسكون القاف) علامة يعرف بها مقدار ما يقع به البيع من الثمن ، وهو مصدر يعني المرقوم ، أي المكتوب على السلعة التي أريد بيعها . انظر : المطلع على أبواب المقنع ص ٢٣١ ، وفتح القدير لابن الهمام ١٨٥/٥ ، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام ١٧٧/٢ ، والبحر الرائق ٧٥/٦ .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) انظر : المراجع السابقة .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) رد المختار على الدر المختار ١٩٣/٤ .

(٧) المرجع السابق .

(٨) بما حل به : المراد بما وجب به السعر أي انقطع به أثناء المبايعة يقال في اللغة : حل عليه الدين أي وجب . انظر : المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي ص ١٣٥ ، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢١/٢ ، والمصباح المنير للفيومي ١٦٠/١ .

وجاء في المطلع على أبواب المقنع ص ٢٣١ : « ينقطع به السعر » بكسر السين « ما تقف عليه السلع من الأثمان بحيث لا يزداد عليه » . وانظر : رد المختار لابن عابدين ١٩٣/٤ .

(٩) رد المختار لابن عابدين ١٩٣/٤ .

- ١٠ - بيع الشيء بما يجب^(١) .
- ١١ - بيع العبد الآبق^(٢) ..
- ١٢ - بيع ما في تسليمه ضرر كبيع جذع من السقف ، أو أجر له في حائط سواء أكان معيناً أم لا^(٣) .
- ١٣ - العقد المشروط فيه خيار المجلس^(٤) .
- ١٤ - العقد المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام^(٥) .
- ١٥ - بيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة^(٦) .
- ١٦ - بيع المريض^(٧) .
- ١٧ - بيع المرتد^(٨) .
- ١٨ - بيع العبد موقوف على إجازة السيد^(٩) .
- ١٩ - بيع الصبي موقوف على إجازة الولي^(١٠) .
- ٢٠ - بيع غير الرشيد موقوف على إجازة الوصي أو القاضي^(١١) .
- ٢١ - بيع المرهون موقوف على إجازة المرتهن^(١٢) .
- ٢٢ - بيع العين المؤجرة لغير المستأجر موقوف على إذن المستأجر^(١٣) .

-
- (١) المرجع السابق .
 - (٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٤٧/٥ .
 - (٣) تنوير الأبصار ٧٥/٢ ، ورد المختار على الدر المختار ١٩٣/٤ .
 - (٤) فتح القدير لابن الهمام ١٨٥/٥ ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ١٧٧/٢ ، البحر الرائق ٧٥/٦ .
 - (٥) البحر الرائق لابن نجيم ٧٥/٦ .
 - (٦) رد المختار على الدر المختار ١٩٣/٤ .
 - (٧) بدائع الصنائع للكاساني ٣٦٩/٧ ، تبين الحقائق للزيلعي ١٩٦/٦ ، الفتاوى الهندية ١٥٤/٣ .
 - (٨) فتح القدير لابن الهمام ١٨٥/٥ ، تنوير الأبصار للتمرتاشي ٧٥/٢ .
 - (٩) فتح القدير لابن الهمام ١٨٥/٥ .
 - (١٠) المرجع السابق .
 - (١١) فتح القدير لابن الهمام ١٨٥/٥ .
 - (١٢) المرجع السابق .
 - (١٣) المرجع السابق .

- ٢٣ - بيع الغاصب^(١) .
 ٢٤ - بيع ملك الغير^(٢) .
 ٢٥ - بيع المبيع بعد القبض من غير مشترطه^(٣) .
 ٢٦ - هبة ملك الغير^(٤) .
 ٢٧ - وقف ملك الغير^(٥) .
 ٢٨ - طلاق الفضولي^(٦) .
 ٢٩ - نكاح الفضولي^(٧) .
 ٣٠ - تزويج الفتاة البالغة لنفسها^(٨) .

وإذا ما نظرنا إلى هذه العقود نجد أن منها ما يدخل في العقد الموقوف ومنها ما لا يدخل ، فأما بيع الشيء بقيمته وبرقمه ، وبمثل ما يبيعه الناس ، وبمثل ما باع فلان ، أو بمثل ما أخذ به فلان ، وبيع الشيء برأسماله أو بما اشتراه وهو غير معروف . فهذه العقود وإن أطلق بعض العلماء عليها صفة الوقف إلا أنني أرى أنها ليست بموقوفة لسببين :

الأول : أن هذه العقود ليست من قبيل وقف الاستناد على أمر لاحق - كما في تصرف الفضولي - ذلك أن الثمن في هذه العقود معلوم لغير العاقدين ، والمتوقف هو معرفة الثمن لهما فهو من قبيل التبين لا الاستناد ، بخلاف تصرف الفضولي فإنه متوقف على إجازة المالك ، ولا يعلم هل يجوز أم لا ؟ ، فإذا ما أجاز استند إلى وقت إجراء التصرف الأصلي ، فاعتبر عقد البيع من ذلك الوقت^(٩) .

(١٤) ابن عابدين رد المختار ١٩٣/٤ .

(١٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٤٨/٥ ، وتبيين الحقائق ١٠٣/٤ .

(٣) حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٨٧/٣ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٨/٦ .

(٥) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١٢٩ .

(٦) بهجة المشتاق لأحكام الطلاق ص ٤٧٢ .

(٧) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢٧٩/١ .

(٨) الهداية للمرغيناني ٣٩١/٢ .

(٩) هذا هو المشهور عند الفقهاء إلا أن بعض الحنابلة يرى أن بيع الفضولي إذا حصلت الإجازة يستند ، =

الثاني : جهالة الثمن فإن من شروط المبيع عند الفقهاء العلم بالثمن فإذا ما جهل الثمن بطل البيع أو فسد على خلاف بينهم في ذلك . قال ابن عبد البر : « من البيوع الفاسدة عند مالك وأصحابه ... أن يشتري سلعة بقيمتها عند أهل البصر بها أو بما تباع به في السوق »^(١) .

وقال الأردبيلي : « لو قال بعثك بزنة هذه الصفحة ذهباً أو بعثك هذا الثوب برقمه ، أو بما باع به فلان ثوبه ، أو فرسه ، ولا يعلمانه أو أحدهما بطل »^(٢) .

وقال ابن قدامة : « يشترط لصحة المبيع معرفة الثمن ، لأنه أحد العوضين فيشترط العلم به ... فإن باعه سلعة برقمها أو بما باع به فلان وهما لا يعلمان ذلك أو أحدهما أو بما ينقطع به السعر لم يصح لأنه مجهول »^(٣) .

= لكنه يقتصر على حدوث الأمر اللاحق وهو وقت الإجازة ، وعليه فيكون بيع الفضولي على هذا الرأي كطلاقه . وقد سبق تفصيل ذلك انظر : ص ٢٥ من هذا البحث .

(١) الكافي ٧٢٣/٢ ، وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٩ : « أما الثمن والمثمن فيشترط في كل واحد منهما أربعة شروط وهي : أن يكون طاهراً منتفعاً به ، معلوماً مقدوراً على تسليمه ... وقولنا معلوماً تحرزاً من المجهول فإن يبيعه لا يجوز » .

وجاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣٠/٣ ، ٣١ : « ولا يصح أن يباع بمجهول للمتبايعين أو أحدهما من ثمن أو مثمن ذاتاً أو صفة بل ولو لم يكن الجهل بالتفصيل أي تفصيل الثمن والمثمن » .

وجاء في أسهل المدارك للكشناوي ٢٦٥/٢ : « يشترط في الثمن والمثمن نفي الضرر ونفي الجهالة عن كل واحد منهما » .

(٢) الأنوار لأعمال الأبرار ٣٢٢/١ ، وجاء في منهاج الطالبين : « للبيع شروط .. الخامس العلم به (أي بالثمن) فإن باعه باع به فلان فرسه ... لم يصح » . وانظر : شرح روض الطالب ١٥/٢ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣٧/٣ .

(٣) الكافي ٧/٢ ، وما ذكره ابن قدامة من عدم الصحة هو المذهب وعليه الأصحاب . وفي رواية أخرى أن البيع بالرقم ، وبما ينقطع به السعر ، أو بما باع به فلان ، صحيح . واختارها الشيخ تقي الدين ، وعلى كلا الروايتين في المذهب الحنبلي من القول بالبطلان أو الصحة لا تكون موقوفة .

جاء في الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٢١ : « ويصح البيع بالرقم ، ونص عليه أحمد وتأوله القاضي ، وبما ينقطع به السعر وكما يبيع الناس ، وهو أحد القولين في مذهب أحمد » .

وجاء في النكت والفوائد السنية لابن مفلح ٢٩٩/١ : « قال القاضي : وقد أطلق الإمام أحمد القول في جواز البيع بالرقم فقال في رواية أبي داود : وقد سئل عن بيع الرقم فكأنه لم ير به بأساً » .

وجاء في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٠٩/٤ : « إن باعه السلعة برقمها لم يصح . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب وعنه يصح ، واختاره الشيخ تقي الدين ، أو بما ينقطع به السعر لا يصح . وهو المذهب وعليه الأصحاب =

وقد صرح بعض العلماء من الحنفية بأن هذه العقود ليست من العقود الموقوفة ، جاء في درر الحكام : « وبيع الشيء برقمه » قال الشرنبلالي^(١) : « هذا من قبيل الفاسد لا الموقوف »^(٢) ، وجاء في الدرر : « وبيع الشيء بقيمته » قال الشرنبلالي : « موجب الفساد لا التوقف »^(٣) ، وجاء في الدرر أيضا : « أو بمثل ما أخذ به فلان » قال الشرنبلالي : « هذا من قبيل الفاسد لا الموقوف »^(٤) .

وجاء في المبسوط : « إذا اشترى عدل زطي^(٥) برأسماله ولم يعلم ما هو فالبيع فاسد لجهالة الثمن »^(٦) وجاء أيضا : « إن قال قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا لأن المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة ، والناس في المبايعة يتفاوتون بين مسامح ومستعص ، ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن فإن كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز وإلا كان العقد فاسدا »^(٧) .

وأما بيع الشيء بما حل به أي ثبت به من سعر أثناء المبايعة فهذا لا يصح للجهالة

= وعنه يصح واختاره الشيخ تقي الدين ، أو بما باع به فلان لم يصح وهو المذهب ، وعنه يصح واختاره الشيخ تقي الدين .

وانظر : المحرر في الفقه لمجد الدين أبي البركات ٢٩٨/١ ، والفروع لابن مفلح ٣٠/٤ ، والمبدع ٣٤/٤ ، وكشاف القناع للبهوتي ١٧٤/٣ ، ومطالب أولي النهى للرحياني ٤٠/٣ .

(١) هو أبو الإخلاص حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي الوفاي الحنفي فقيه مشارك في بعض العلوم من تصانيفه نور الإيضاح ، وحاشية على درر الحكام لمنلاخسرو توفي سنة ١٠٦٩ هـ . خلاصة الأثر ٣٨/٢ - ٣٩ .

(٢) درر الحكام لمنلاخسرو ، وحاشية غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي ١٧٦/٢ .

(٣) المرجع السابق ١٧٧/٢ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) عدل زطي : عدل الشيء بالكسر مثله من جنسه أو مقداره قال سيويه العدل لا يكون إلا للمتاع خاصة ، والعدل نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير ، والجوالق جمع أعدل وعدول .

والمراد بالعدل هنا الجوالق (بضم الجيم) وهو وعاء من صوف أو شعر أو غيرهما كالغرارة جمع (جوالق) بالفتح و (جواليق) وهو عند العامة شوال .

وزطي : نسبة إلى الزط وهم جيل أسود من الهند إليهم تنسب الثياب الزطية .

لسان العرب لابن منظور ٤٥٨/١٣ ، ١٧٩/٩ ، والمغرب في ترتيب المغرب للمطرزي ٢٣٢/١ ، ٣٢/٢ ،

المصباح المنير للفيومي ٤٤/٢ ، والمعجم الوسيط ١٤٩/١ ، ٥٩٤/٢ ، العناية للبايرتي ٩٤/٥ .

(٦) ٤٩/١٣ .

(٧) المرجع السابق .

المؤدية إلى الغرر ، وقد سبق أن من شروط المبيع العلم بالثمن للمتبايعين^(١) .

وأما بيع الشيء بما يريد أو بما يجب فهذه ليست من العقود الموقوفة ذلك أن الموقوف لا بد فيه من جهة ثالثة وهذه العقود لا يوجد فيها سوى طرفين وهما البائع والمشتري ، كما أن فيها جهلا بالثمن ومن شروط صحة المبيع العلم بالثمن^(٢) .

وأما بيع العبد الآبق ، وبيع ما في تسليمه ضرر فهذه ليست من العقود الموقوفة ، أما بالنسبة لبيع العبد الآبق فإنه قد فقد شرطاً من شروط الانعقاد وهو القدرة على التسليم ، ووصف الوقف لا يدخل إلا على عقد توافرت فيه شروط الانعقاد جاء في البدائع : « منها (أي من شروط المبيع) أن يكون مقدور التسليم عند العقد فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد ، وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق »^(٣) . وجاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك : « ولا يصح أن يباع آبق وحيوان شارد لعدم القدرة على تسليمه »^(٤) .

وجاء في المهذب : « ولا يجوز بيع مالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء أو السمك في الماء والجمل الشارد والفرس العائر »^(٥) والعبد الآبق »^(٦) .

وجاء في الكافي لابن قدامة : « ولا يجوز بيع مالا يقدر على تسليمه كالطير في

(١) انظر : ص ٤٨٤ من هذا البحث .

(٢) انظر : ص ٤٨٤ من هذا البحث .

(٣) ١٤٧/٥ ، وجاء في المبسوط للسرخسي ١٠/٣ : « رجل باع عبداً آبقاً فهو باطل ؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق » .

وانظر : الأصل لمحمد بن الحسن ٩٢/١ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٥٨/٥ ، ٢٥٩ .

(٤) ٢٤/٣ ، وانظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٩ ، والتاج والإكليل للمواق ٢٦٨/٤ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١١/٣ .

(٥) العائر : أي الهارب يقال . عار الفرس أي ذهب ههنا وههنا من نشاطه على وجهه لا يشبه شيء . المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي ٦٥/١ ، المصباح المنير ٨٩/٢ .

(٦) ٢٧٠/١ ، وجاء في روضة الطالبين للنووي ٣٥٦/٣ : « بيع الآبق والضال باطل ؛ لأنه غير مقدور على تسليمه في الحال عرف موضعه أم لا » . وفي رأي آخر عند الشافعية أنه يصح بيع العبد الآبق لقادر على رده . انظر : مغني المحتاج ١٣/٢ . وعلى كلا الرأيين القول بالبطلان أو الصحة فإنه لا توقف في بيع العبد الآبق .

الهواء والسّمك في الماء والعبد الآبق»^(١) .

وأما بيع ما في تسليمه ضرر كبيع الجذع من السقف فقد اختلف العلماء في حكمه ، فالشافعية وبعض علماء الحنابلة يعتبرونه باطلا ، لأنه وإن كان مقدورا عليه حسا فإنه ممتنع شرعا لحصول الضرر ، وحينئذ يلحق ببيع ما لم يقدر على تسليمه ، بينما يرى الحنفية أنه مقدور عليه ، لكن لما كان التسليم يترتب عليه ضرر ونزاع كان العقد فاسدا ، وأما المالكية وبعض علماء الحنابلة فيرون أن البيع صحيح ، وعلى كل الأقوال عند العلماء لا يمكن أن يوصف بيع ما في تسليمه ضرر بأنه موقوف لأنه إما باطل أو فاسد أو صحيح .
جاء في مغني المحتاج : « من شروط البيع إمكان تسليمه بأن يقدر عليه حسا أو شرعا ، ليوثق بحصول العوض ، وليخرج عن بيع الغرر ، ولا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم ، بل ظهور التعذر كاف ... فلا يصح بيع جذع معين في بناء لأن الهدم يوجب النقص ، ولا يبيع بعض معين من جدار إذا كان فوقه شيء ، أو كان الجدار قطعة واحدة من نحو طين كخشب ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بهدم ما فوقه في الأولى وهدم شيء منه في الثانية »^(٢) .

وجاء في الفروع : « قال القاضي في الثوب (أي في بيع ذراع منه) : إن نقصه القطع فلا ، وفي بيع خشبة في سقف وفص في خاتم الخلاف »^(٣) .

وجاء في كشاف القناع : « إن كان القطع لا ينقص الثوب قطعاه ... وإن كان ينقصه وتشاحا في القطع صح البيع ، ولم يجبر البائع على قطع الثوب ، وكانا شريكين فيه لأن الضرر

(١) ١١/٢ وقيل : يصح بيعه لقادر على تحصيله . قال المرداوي : وهو الصواب . انظر : الإنصاف ٢٩٣/٤ ، وقيل : يصح . وأطلقهما في القواعد الفقهية والأصولية لابن اللحام ص ٨٤ . وعلى كلا القولين : القول بالبطلان أو الصحة لا توقف في بيع العبد الآبق عند الحنابلة . والرأي المشهور عند الحنابلة هو القول ببطلان بيع الآبق سواء كان المشتري قادرا عليه أو لا ، وهو المذهب وهو ظاهر كلام الأكثر . قال في الفروع : والأشهر المنع ٢٠/٤ ، وانظر في القول بعدم الصحة : الهداية لأبي الخطاب ١٢٩/١ ، والمحزر لأبي البركات ٢٨٧/١ ، والإنصاف للمرداوي ٢٩٣/٤ ، ومطالب أولي النهى للرحبياني السيوطي ٢٥/٣ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤٤/٣ .

(٢) ١٢/٣ ، ١٣ ، وجاء في شرح روض الطالب ١٢/٢ : « ولا يصح بيع جذع معين في بناء لأن الهدم يوجب النقص » . وانظر : حاشية شهاب الدين القليوبي ، والشيخ عميرة على شرح المحلى على المنهاج ١٥٨/٢ .

(٣) ٢٨/٤ .

لا يزال بالضرر ، فإن تنازعا بيعا ، وقسط الثمن على حقهما ، وكذا لو باعه خشبة بسقف أو فصا بخاتم ^(١) .

وجاء في تبين الحقائق : « بيع الجذع في السقف وذراع من ثوب (فاسد) لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر يلزمه ، سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال : هو بنفسه التزم الضرر ؛ لأن الالتزام بدون العقد غير لازم ، والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع ^(٢) .

وجاء في « المدونة » قلت : « رأيت إن اشتريت عمود رخام من رجل قد بنى على عموده ذلك غرفة في داره أيجوز هذا الشراء ، وأنقض العمود إن أحببت ؟ قال : نعم ، وهذا من الأمر الذي لا يختلف فيه أحد بالمدينة علمته ولا بمصر ، (قلت) : رأيت إن اشتريت من رجل جفن سيفه وهو محلى ونصله وحمائله ولم أشتري منه فضته أيصلح هذا الشراء في قول مالك ؟ قال : نعم ، لا بأس به في قول مالك . (قلت) : وينقض صاحب الحلبة حليته إذا أراد صاحب السيف ذلك ؛ قال : نعم . (قلت) : وهذا قول مالك . قال : نعم . (قلت) : ولا ترى هذا من الضرر ؟ قال : لا ، لأنهما قد رضيا ^(٣) .

وأما البيع الذي فيه خيار مجلس ^(٤) ، أو مشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة

(١) ١٧١/٣ .

(٢) للزيلعي ٧٤/٤ ، وجاء في فتح القدير لابن الهمام ١٩٣/٥ : « بيع الجذع في عين محسوسة قائمة إنما يفسد للزوم الضرر » .

(٣) ٢٦١/٣ ، ٢٦٢ .

(٤) القول باشتراط خيار المجلس على مذهب الحنفية الذين لا يرون ثبوت خيار المجلس للمتعاقدين بدون الشرط ، بل إن العقد عندهم متى ما تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أي من المتعاقدين بعد ذلك أن يرجع لأن صفة العقد الإلزام ، ولا إلزام إذا أجزنا لأي منهما الرجوع إلا إذا اشترط الخيار - عندهم - فإنه يثبت حينئذ ، والمالكية كالحنفية لا يرون خيار المجلس لكنهم يرون أن اشتراطه مفسد للعقد ، جاء في مواهب الجليل للخطاب ٣١٠/٤ : « قال في الجواهر : لا يثبت خيار المجلس بالعقد ولا بالشرط » . اهـ يعني أنه لا يثبت بمقتضى العقد كما يقوله ابن حبيب والشافعي ، ولا بالشرط إذا شرطه أو أحدهما بل يؤدي إلى فساد العقد إذا شرطه .

وأما الشافعية والحنابلة فيرون أن خيار المجلس ثابت بدون اشتراط ، فاشتراطه يعتبر لغوا لا فائدة منه ، جاء في المغني لابن قدامة ٢٩٤/٤ : « اشتراط ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال وجوده كعدمه لا يفيد حكما ، ولا يؤثر في العقد » . اهـ . وانظر : فتح القدير لابن الهمام ٨/٥ ، والمهذب للشيرازي ٢٦٤/٢ ، وروضة الطالبين للنووي ٤٣٣/٣ ، وقوانين الأحكام الشرعية ٢٨٧/١ ، وبداية المجتهد ١٨٩/٢ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ١٧٣/٥ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٢١٠/٥ .

أيام^(١) وبيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة ، فإن هذه العقود ليست من العقود الموقوفة لما سبق من أن العقد الموقوف لا بد أن يتوقف على جهة ثالثة ، وهذه العقود الأمر فيها راجع إلى المتعاقدين أنفسهما لا إلى جهة ثالثة ، لذا اعتبرها العلماء من العقود غير اللازمة ، جاء في النوازل : « البيع نوعان : لازم كالبيع بلا خيار ، وغير لازم كالبيع بالخيار »^(٢) وجاء أيضا : « وخيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري »^(٣) وقال الشرنبلالي : « قوله أي قول صاحب درر الحكام : وبيع فيه خيار المجلس ليس من الموقوف ، والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح ، وله الخيار ما دام فيه »^(٤) قال ابن عابدين^(٥) : « بيانه أن الموقوف مقابل للنافذ ، وما فيه خيار مقابل لل لازم فما فيه خيار غير لازم »^(٦) .

(١) القول بأن أكثر مدة الخيار ثلاثة أيام هو رأي أبي حنيفة ، وزفر والشافعي ، جاء في المبسوط للسرخسي ١٤/٣ : « خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما دونها ، ولا يجوز أكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى » وجاء في المجموع شرح المذهب للنووي ١٧١/٩ : « ولا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام » .
وأما المالكية فيرون أن مدة الخيار تختلف حسب نوعية المبيع ، انظر : قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٩٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٨٢/٣ ، والشرح الصغير على أقرب المسالك ١٣٥/٣ ، ١٣٧ ، والتاج والإكليل للمواق ٤١٠/٤ ، ومواهب الجليل ٤١٠/٤ .

وذهب الحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وابن أبي ليلى وإسحاق وأبو ثور إلى جواز اشتراط الخيار حسب رأي العاقدين سواء طالت المدة أم قصرت ما دامت معلومة للعاقدين معا .
انظر : المغني لابن قدامة ٥٨٥/٣ ، والمقنع لابن قدامة ٣٥/٢ ، وفتح القدير لابن الهمام ١١/٥ ، والفتاوى الهندية ٣٥/٣ ، والبحر الرائق لابن نجيم ٥/٦ ، وبدائع الصنائع ١٥٧/٥ .
(٢) ص ٢٥٢ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) غنية ذوي الأحكام للشرنبلالي ١٧٧/٢ .

(٥) ابن عابدين : هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي ، فقيه الديار الشامية ، وإمام الحنفية في عصره ، ولد في دمشق سنة ١١٩٨ هـ ، وفيها توفي سنة ١٢٥٢ هـ .
له مؤلفات منها : « رد المختار على الدر المختار » وهو المعروف بحاشية ابن عابدين ، و « العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية » .

انظر : معجم المطبوعات العربية والمعربة ص ١٥٠ - ١٥٤ ، الأعلام ٤٢/٦ .

(٦) رد المختار على الدر المختار ١٩٣/٤ .

وأما بيع المريض ، والمرتد ، والعبد بدون إذن سيده ، والصبي غير المأذون ، وغير الرشيد ، والراهن للعين المرهونة بدون إذن المرتهن ، والمؤجر للعين المستأجرة بدون إذن المستأجر ، والغاصب ، وبيع ملك الغير ، وبيع المبيع من غير مشتره ، وهبة ملك الغير ، ووقفه ، وطلاق الفضولي ، ونكاحه ، وتزويج الفتاة البالغة لنفسها ، فهذه العقود تعتبر عند بعض العلماء القائلين بالوقف من هذا القبيل لسببين :

الأول : أنها تثبت بطريق الاستناد إما من وقت إجراء التصرف الأصلي كما في بيع المريض والمرتد ، وبيع ملك الغير وبيع العبد بدون إذن سيده وبيع الصبي غير المأذون وبيع غير الرشيد ، وبيع الغاصب ، وهبة ملك الغير ووقفه ونحو ذلك . وإما من وقت حدوث الأمر اللاحق كما في طلاق الفضولي ونكاحه .

الثاني : إن العقد قد توقف على جهة ثالثة غير العاقلين ، ففي بيع المريض يوقف العقد لحق الورثة ، وبيع المرتد يشبه بيع المريض ، لأنه مهدر الدم وقد تعلق بماله حق لغيره فأوقف لأجله ، وكذلك بيع العبد يوقف على إذن سيده ، وبيع الصبي يوقف على إذن الولي ، وبيع غير الرشيد يوقف على إجازة الوصي أو القاضي ، وبيع المرهون يوقف على إذن المرتهن ، وبيع العين المؤجرة لغير المستأجر وبدون إذنه يوقف على إذن المستأجر ، وبيع الغاصب العين المغصوبة يوقف على إذن مالكيها ، وبيع ملك الغير يوقف على إذن مالكيه ، وبيع المبيع بعد القبض من غير مشتره داخل في بيع ملك الغير^(١) ، وكذلك هبته ووقفه ، وطلاق الفضولي للمرأة موقوف على إذن زوجها ، ونكاحه موقوف على إذن الزوج أو الزوجة أو إثنين معا^(٢) ، وتزويج الفتاة البالغة لنفسها موقوف على

(١) جاء في الدر المختار للحصكفي ٧٥/٢ : « ترك المصنف قول « الدرر » وبيع المبيع من غير مشتره لدخوله في بيع مال الغير » ا.هـ .

وصورته أن يبيع شيئاً من زيد بعد قبضه ثم يبيعه من بكر ، فبيعه من بكر موقوف على إجازة المشتري وهو زيد .
انظر : درر الحكام لمناخسرو ١٧٦/٢ .

(٢) جاء في مجمع الأنهر ٢٧٩/١ : « يجوز عنده (أي عند أبي يوسف) للواحد الفضولي أن يعقد للطرفين ويتوقف عقده على إجازتهما .. لأن الواحد يصلح عاقداً من الجانبين إذا كان بأمره ، فكذا إذا كان بغير أمره ، إذ الواحد يصلح سفيراً عن الجانبين ، إذ لا يلزم التنافي لعود الحقوق إلى من عقد له » ا.هـ .

وبهذا يتبين لنا ما هو من ضمن التصرفات الموقوفة وما لا يدخل فيها .

وأما أهم منجزاتي في هذا البحث فهي :-

أولا : قمت ببيان موقف الفقهاء من طبيعة التصرفات الموقوفة ، وتتبع ذلك في كتب الفقه - المطبوعة والمخطوطة - حتى استطعت - بتوفيق من الله ، وبعد جهد كبير - إلى التوصل إلى المعايير التي تحكم فقه هذه المسألة ، ولم أر من سبقني إلى ذلك .

ثانيا : في مجال التصرفات الموقوفة غير العقدية قمت بجمع تلك الموضوعات سواء ما كان منها في العبادات من صلاة وزكاة وحج ، أو في المعاملات ، أو في نظام الأسرة أو الجنايات مما لم يسبق لي أن رأيت مفصلا بتلك الطريقة .

ثالثا : في مبحث تصرفات الفضولي - العقدية وغير العقدية - رجحت أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن ؛ لأن في القول بالوقف اعتبارا بعبارة الفضولي ، كما أن فيه مراعاة لصاحب الشأن بوقفه على إذنه ، ثم بينت شروط وقف عقد الفضولي عند القائلين به ، ووضحت في ذلك ما يعتبر شرطا ، وما ليس بشرط .

رابعا : رجحت أن عقود الصبي الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إذن الولي ، وذلك لأن تصحيح عقده يساعده على ممارسة البيع والشراء ، كما أن القول بالوقف يوفر الحماية للصبي المميز من التصرفات الضارة .

خامسا : حررت مذهب المالكية في حكم عقد المكره ، وأوضحت أنهم يرون أن عقد المكره صحيح ولكنه غير لازم ، وأن زفر من الحنفية يرى أن عقده موقوف ، ورجحت مذهب الشافعية والحنابلة الذين يرون بطلان عقده ، وناقشت أدلة المخالفين .

سادسا : بينت آراء العلماء في حكم بيع الراهن العين المرهونة بغير إذن المرتهن ، ورجحت أن عقده صحيح موقوف على إذن المرتهن ؛ لأن القول بالوقف مراعاة لكل من الراهن والمرتهن .

(١) هذا هو رأي ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح كما سبق في هذا البحث ص ٣٦٣ وما بعدها ، وقد رجحنا أن الصحيح هو القول بالبطلان لقوة أدلته وصراحتها في الدلالة ، وسلامتها من المناقشة ، والدليل يقدم على ما سواه .

سابعاً : بينت آراء العلماء في بيع العين المستأجرة ورجحت أن البيع صحيح موقوف على إجازة المستأجر أو انتهاء مدة الإجارة ورددت أدلة المخالفين في ذلك .

ثامناً : بينت آراء العلماء في حكم تصرف المرأة في مالها بدون إذن زوجها ورجحت أنه صحيح ونافذ في القليل والكثير خلافاً لمن رأى بطلان تصرفها أو أن ما زاد على الثلث يكون موقوفاً على إجازة الزوج ، وذلك لكمال أهلية المرأة ، ولأن زواجها ليس منقوصاً لأهليتها .

تاسعاً : بينت أن الوقف موجود في التصرفات المعلقة لأن الحكم فيها يتوقف على الأمر المعلق عليه ، فإن حدث ثبت ، وإن لم يحدث لم يثبت ، ففيه مخاطرة في الانعقاد .

عاشراً : رجحت أن تزويج المرأة البالغة العاقلة لنفسها بعبارتها أو غيرها بطريق النيابة باطل ، ورددت أدلة المخالفين في هذه المسألة .

وأخيراً أسأل الله تعالى أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، وأن يرزقنا النية الصالحة ، وأن يجعلنا من الذين يعملون بما علموا ، إنه سميع مجيب ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحابه أجمعين .

الفهارس والمصادر والمراجع

فهرس الآيات*

الآية	الصفحة
(سورة البقرة)	
﴿ يُخَدِّعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ ﴾	٤٠٨
﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ ﴾	٣٤٦
﴿ فَأَذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ ﴾	٢٥٥
﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ ﴾	١٧٧
﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾	٣٦٨
﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾	٤٠٩ - ٤٥٠ -
٤٥١	
﴿ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ﴾	٤٠٨
﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾	٢٨٨
﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾	٣٧٩ - ٣٨١
﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا أَجَلَهُنَّ ﴾	٣٦٥ - ٣٦٦ -
٣٧٩ - ٤٠٩	
﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾	٣٨٠
﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾	٣٥٧
﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾	١٠٥ - ١٦٥
﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾	٤٦
﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ﴾	١٠٧

* ترتيب السور حسب ورودها في المصحف الشريف مع مراعاة ترتيب الآيات كذلك .

الآية	الصفحة
﴿ فَلْيَكْتُبْ وَلِيْمَلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾	٨٧
﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ﴾	١٢٢
﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾	٢٥٥
﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾	٦١ - ٦٢ -
	٢٣٩

(سورة آل عمران)

﴿ لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾	١١٢
---	-----

(سورة النساء)

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ ﴾	٨٨
﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾	٢٨٧
﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾	٨٨، ١٠٠ - ١٠٣ -
	١٠٧ - ١١٧
﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾	٨٦ - ٩١ - ٩٢ -
	١٠٣ - ١١٧
﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَمَى ظُلْمًا ﴾	١١٥
﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾	٣٤٧
﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾	٢٨٨
﴿ فَإِنْ كُتِبَ عَلَيْهِنَّ أَنْ يَأْتِيَهُنَّ أَهْلُهُنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾	٣٣٨
﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ ﴾	٤٦ - ٥٩ - ١٥٩ -
﴿ بِالْبَطْلِ ﴾	١٦٥ - ٣٠١ -
﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾	٨٩
﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾	٢٩٢ - ٣٩٠ -
﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ ﴾	١٦٥ - ١٦٨ -

الآية	الصفحة
﴿ وَمَا كَانُ لِلْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَقْتُلُوا مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا ﴾	١١٤
﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾	١١٤ - ٤٧١
﴿ وَءَاتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالْطَّبِيبِ ﴾	٩٣
﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾	٢٥٨

(سورة المائدة)

﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	١١
﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴾	٤٧
﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾	٤٦٩
﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾	١١٤
﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾	٢١٢

(سورة الأنعام)

﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾	٦١ - ٦٣
﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾	٦٢

(سورة الأعراف)

﴿ وَلَا تَسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾	١١٣
---	-----

(سورة هود)

﴿ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴾

(سورة النحل)

﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ ﴾	١٦٦
--	-----

(سورة الإسراء)

﴿ وَءَاتَ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ ﴾	٣٣٩
﴿ إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ ﴾	١٠٦ - ١١٣

١١٦

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾

(سورة مريم)

٣٥٧

﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾

(سورة طه)

٢٤٦

﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾

(سورة الأنبياء)

٢٤٨

﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾

(سورة الحج)

٣٥٧

﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾

(سورة النور)

٣٦٧

﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾

(سورة القصص)

٣٦٧

﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَي هَاتَيْنِ ﴾

(سورة الأحزاب)

٣٨٤

﴿ النَّبِيُّ أَوْلىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ ﴾

١١٢

﴿ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ ﴾

٣٣٨

﴿ وَالْحَفِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ ﴾

٢٠٥

﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾

٣٨٠

﴿ وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾

(سورة فصلت)

١٦١

﴿ ثُمَّ أَسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ وَهِيَ دُخَانٌ ﴾

الآية	الصفحة
(سورة الشورى)	
﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾	٣٤٨
(سورة الحجرات)	
﴿ أُولَئِكَ هُمُ الرَّشِدُونَ ﴾	١٠٥
(سورة الحديد)	
﴿ إِنَّ الْمُصَّدِّقِينَ وَالْمُصَّدِّقَاتِ ﴾	٢٨٧
(سورة المجادلة)	
﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾	١١٤
(سورة الممتحنة)	
﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ ﴾	٤٤١
﴿ لَاهُنَّ حِلٌّ لَكُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾	٤٤٠ - ٤٤١ -
	٤٥٠
﴿ وَلَا تَمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾	٤٥٨
(سورة الجمعة)	
﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ ﴾	٥٩ - ٤٦
(سورة المنافقون)	
﴿ وَأَنْفِقُوا مِنْ مَّا رَزَقْنَاكُمْ ﴾	٢٨٧
(سورة الطلاق)	
﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾	٤٠٧ - ٤٠٨
﴿ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾	٤٠٨

(سورة المدثر)

٢٣١

﴿ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾

١٣٧

﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾

١١٣

﴿ مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ ﴾

١١٣

﴿ قَالُوا لَوْ نَكُنْ مِنَ الْمُصَلِّينَ ﴾

١١٣

﴿ وَلَوْ نَكُنْ نَاطِعِينَ الْمَسْكِينَ ﴾

(سورة الإنسان)

٢١٥

﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا ﴾

فهرس الأحاديث والآثار*

الصفحة	الحديث
٣٩٨ - ٤٠٥	١ - فأتت رسول الله ﷺ فردّ نكاحها
١١٣	٢ - اتقوا النار ولو بشق تمرة
٦٢	٣ - أتوا رسول الله ﷺ فقالوا كلفنا من الأعمال
٣٠٢	٤ - أتيت رسول الله ﷺ فكلمته
٣٨٣	٥ - أخبر رسول الله ﷺ أني امرأة غیری
٢٤٨	٦ - إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة
٣٩٧	٧ - فأرسل إلى أبيها فجاء أبوها
٢٨٩	٨ - أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدي
٥١	٩ - أعطاني النبي ﷺ ديناراً أشتري به أضحية
٣٥٤	١٠ - فأقرع رسول الله ﷺ بينهم
٤٢٢	١١ - امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان
٣٦٩	١٢ - فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له
٣٦٦	١٣ - الآن أفعل يا رسول الله . قال : فزوجها الآن
٣٣١ - ٣٤٧	١٤ - إن الله أعطى كل ذي حق حقه
٢٣٩	١٥ - إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان
٣٣٤	١٦ - إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم
٣٩٩	١٧ - إن جارية بكرا أتت النبي ﷺ
٦٦	١٨ - إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام
٣٨٤	١٩ - إن رسول الله ﷺ بعث عمرو بن أمية
٢٥٦	٢٠ - إن رسول الله ﷺ جمع في حجة الوداع المغرب والعشاء
٤٠٣	٢١ - إن رسول الله ﷺ رد نكاح البكر
٣٢٣	٢٢ - إن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة

* ترتيب الأحاديث حسب الترتيب الأبجدي للحروف مع مراعاة حذف العطف والربط مثل (الواو ، الفاء) .

- ٢٤٥ - ٢٣- إن المشركين شغلوا النبي ﷺ يوم الخندق
- ١٦٩ - ١٦٦ - ٢٤- إنما البيع عن تراض
- ٢٥٠ - ٢٥- إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه
- ٢٩٨ - ٢٦- إن النبي ﷺ حجر على معاذ
- ٤٤٧ - ٤٤٤ - ٢٧- إن النبي ﷺ رد ابنته على أبي العاص
- ٤٥٢
- ٢٣٦ - ٢٣٢ - ٢٨- إن النبي ﷺ صلى فخلع نعليه
- ٢٣٧ - ٢٩- إن النبي ﷺ كان يصلي ..
- ٢٨٩ - ٣٠- أنفقي ولا تحصي فيحصى الله عليك
- ٤٨ - ٣١- إني استأجرت أجيورا بفرق من ذرة
- ٤٠٣ - ٣٨١ - ٣٢- الأيم أحق بنفسها من وليها
- ٤٠٤
- ٤١٣ - ٣٣- أيما امرأة تزوجها اثنان فهي للأول منهما
- ٣٧٦ - ٣٦٩ - ٣٤- أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل
- ٣٨٤
- ٣٨٩ - ٣٨٨ - ٣٥- أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل
- ٦٦ - ٣٦- بارك الله لك في صفقة يمينك
- ٥٦ - ٣٧- بارك الله لك في صفقتك
- ٢٩٣ - ٣٨- تصدقن فجعلت المرأة تلقي القرط
- ٢٣٦ - ٣٩- تعاد الصلاة من قدر الدرهم من الدم
- ٢٩٣ - ٤٠- تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها
- ٣٨٧ - ٤١- الشيب أحق بنفسها من وليها
- ٣٢٤ - ٤٢- جاء إلى الرسول ﷺ رجل فسأله عن اللقطة
- ٢٩١ - ٤٣- جاء النبي ﷺ فأعطاهما خادما
- ٣٣٤ - ٤٤- جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة
- ١٠١ - ٤٥- جاءت امرأة سوداء جرية المنطق
- ٣٣٥ - ٤٦- فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم

- ٤٧- جمعت الطريق ركبا فجعلت منهن ثيب ٣٧٨
- ٤٨- جمع النبي ﷺ بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة ٢٥٦
- ٤٩- الحيف في الوصية من أكبر الكبائر ٣٣١
- ٥٠- خذوا على أيدي سفهائكم ١٢٣
- ٥١- خرج ثلاثة نفر يمشون فأصابهم المطر ٤٨
- ٥٢- فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله ٣٥٢
- ٥٣- فدعا به رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا ٣٥٣
- ٥٤- فدعا به رسول الله ﷺ فقال من يشتريه ٣١٣
- ٥٥- ذكروا للنبي ﷺ نومهم عن الصلاة ٣٤٦
- ٥٦- رد رسول الله ﷺ عتق من أعتق ٣١٢
- ٥٧- رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ١٦٧
- ٥٨- رفع القلم عن ثلاثة الصبي حتى يحتلم وعن المعتوه حتى يفيق ٨٩
- ٥٩- سأل النبي ﷺ في تعجيل صدقته ٢٦٩
- ٦٠- سمعت رجلا سأل النبي ﷺ أصلي في الثوب الذي آتي فيه أهلي ٢٣٣
- ٦١- شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ٢٩٠
- ٦٢- الصدقة عن ظهر غني ٣٥٥
- ٦٣- الصلاة أمامك ٣٥٦
- ٦٤- صلاتان تحولان عن وقتها ٢٥٧
- ٦٥- صلوا كما رأيتموني أصلي ٢٤٦
- ٦٦- عادني النبي ﷺ عام حجة الوداع ٤٩٩
- ٦٧- عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارا ٥١
- ٦٨- قال رجل للنبي ﷺ : إني أخدع في البيع ١١٧
- ٦٩- فقام رسول الله ﷺ فصلى ثم رجع ٢٣٩
- ٧٠- فقالت : إني امرأة أستحاض فلا أطهر ٢٦١
- ٧١- قالوا : يا رسول الله ما نزلت آية أشد علينا من هذه الآية ٦٢
- ٧٢- كفارة النذر كفارة يمين ٢١٣

- ١٣٧ - ٧٣- كل غلام رهين بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه
- ٢٣٤ - ٧٤- كنت مع رسول الله ﷺ وعلينا شعارنا
- ٢٤٩ - ٧٥- لا اعتكاف إلا بصوم
- ١٦٠ - ٦٣ - ٧٦- لا تبع ما ليس عندك
- ٣٣٧ - ٧٧- لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها
- ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٧٨- لا تصوم المرأة وبعلمها شاهد إلا بإذنه
- ٢٦١ - ٧٩- لا تعجلين حتى ترين القصة البيضاء
- ٤٠٣ - ٨٠- لا تنكح الأيم حتى تستأمر
- ٢٦٩ - ٨١- لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول
- ١١٤ - ٤١٦ - ٨٢- لا ضرر ولا ضرار
- ٤٢٤
- ٢٠٦ - ٨٣- لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك
- ٢٠٦ - ٨٤- لا طلاق قبل نكاح
- ٢١١ - ٨٥- لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين
- ٣٧٣ - ٣٧٥ - ٨٦- لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل
- ٣٨٩
- ٣٤٤ - ٨٧- لا وصية لقاتل
- ٩٢ - ٨٨- لا يتم بعد الاحتلام
- ٢٩٣ - ٨٩- لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها
- ٣٠١ - ١٦٧ - ٩٠- لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس
- ٤٣٥ - ٩١- فلم يفرق النبي ﷺ بينهما
- ١٠٨ - ٩٢- والله لنتهين أو لأحجرن عليها
- ٣٠٣ - ٩٣- لّي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته
- ٦٥ - ٩٤- ليس على الرجل طلاق فيما لا يملك
- ٣٤٣ - ٩٥- ليس لقاتل شيء
- ٢٣٥ - ٩٦- مر النبي ﷺ بقبرين
- ٩٠ - ٩٧- مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع
- ٨٠ - ٩٨- مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين

- ٢٢١ - ٩٩ - من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد
- ٣١٤ - ١٠٠ - من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدائها الله عنه
- ٢٥١ - ١٠١ - من أدرك ركعة فقد أدرك الصلاة
- ٤٧٠ - ١٠٢ - من تصدق بدم فما دونه كان كفارة له
- ٢١١ - ١٠٣ - من حلف بالمشي أو الهدى أو جعل ماله في سبيل الله
- ٢٢١ - ١٠٤ - من حمل علينا السلاح فليس منا
- ٦٦ - ٢٢١ - ١٠٥ - من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد
- ٤٠٨ - ٢٥٣
- ٢٤٩ - ١٠٦ - من نام عن صلاة أو نسيها فلم يذكرها
- ٢٠٩ - ١٠٧ - من نذر أن يطيع الله فليطعه
- ٢١٢ - ١٠٨ - من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي
- ٢٤٤ - ١٠٩ - من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام
- ٢٤٦ - ١١٠ - من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها
- ٣٧٢ - ١١١ - نسي آدم فنسيت ذريته
- ٩٠ - ١١٢ - ألهذا حج؟ - قال نعم
- ٢٤٣ - ١١٣ - هل رأيتموني صليت العصر
- ٢٣٣ - ١١٤ - هل كان يصلي النبي في الثوب الذي يجامع فيه
- ٢٢٤ - ١١٥ - يا أيها الناس أي يوم هذا
- ٤٢٣ - ١١٦ - يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده
- ٢٩٠ - ١١٧ - يا رسول الله إنك أمرت اليوم بالصدقة
- ٤٥٤ - ١١٨ - يا رسول الله إني كنت قد أسلمت وعلمت بإسلامي
- ١٠١ - ١١٩ - يا معشر النساء تصدقن وأكثرن من الاستغفار

فهرس الأعلام*

الصفحة

- ١ - الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي (٦٣١ هـ) ٢١٩
- ٢ - أبو إبراهيم الترخمان - إسماعيل بن إبراهيم بن بسام البغدادي (٢٣٦ هـ) ٢٤٥
- ٣ - أحمد بن سعيد الدارمي (ت ٢٥٣ هـ) ٥٣
- ٤ - أحمد بن محمد بن يونس أبو العباس الشلبي (ت ١٠٢١ هـ) ٢٥٤
- ٥ - الأردبيلي - يوسف بن إبراهيم الأردبيلي (ت ٧٧٩ هـ) ٩٦
- ٦ - أسامة بن زيد بن حارثة الكلبي (ت ٥٤ هـ) ٢٥٥
- ٧ - أبو إسحاق السبيعي - عمرو عبد الله بن عبيد الله بن أبي شعيرة (ت ١٢٧ هـ) ٣٧٤
- ٨ - أبو إسحاق الشيباني - سليمان بن أبي سليمان (١٢٩ هـ) ٤٣٢
- ٩ - أبو إسحاق المروزي - إبراهيم بن أحمد المروزي (ت ٣٤٠ هـ) ٢٧٥
- ١٠ - إسحق بن راهويه - الحافظ أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي (ت ٢٣٨ هـ) ٢٣٠
- ١١ - إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي (ت ١٦٢ هـ) ٣٧٤

* الترتيب حسب حروف المعجم بعد حذف لفظ (أب) و (ابن) و (أل) و قد روعي في كل علم تقديم الأشهر من نسب أو لقب أو كنية .

- ١٢ - إسماعيل البغدادي - إسماعيل بن علي بن حسين البغدادي
(ت ٦١٠ هـ) ٨٥
- ١٣ - أسماء بنت أبي بكر الصديق (ت ٧٤ أو ٧٣ هـ) ٢٨٩
- ١٤ - أشهب - أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن
إبراهيم القيسي (ت ٢١٤ هـ) ٢٦٨
- ١٥ - أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع (ت ٢٢٥ هـ) ٤٣
- ١٦ - الإمام أحمد - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل (ت ٢٤١ هـ) ٥٠
- ١٧ - إمام الحرمين : عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ١٣
- ١٨ - أبو أمانة الباهلي - صدي بن عجلان بن وهب
(ت ٨١ هـ أو ٩٦ هـ) ٣٣١
- ١٩ - أميمة بنت بشر ٤٤٠
- ٢٠ - أنس بن مالك الأنصاري الخزرجي (ت ٩٣ هـ) ١٠٠
- ٢١ - الأوزاعي - أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد
الأوزاعي ٣٢١
- ٢٢ - أيوب الأنصاري : خالد بن زيد الأنصاري (ت ٥٠ هـ) ٢٥٦
- ٢٣ - أيوب بن سويد الرملي أبو مسعود الشيباني (ت ٢٠٢ هـ) ٤٠١
- ٢٤ - أيوب السخيتاني - ابن أبي تيممة (ت ١٣١ هـ) ٤٠٠
- ٢٥ - البابرقي - محمد بن محمد بن محمود بن أحمد البابرقي
(ت ٧٨٦ هـ) ١٨٨
- ٢٦ - البخاري - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم (ت ٢٥٦ هـ) ٥٠
- ٢٧ - البرزلي - أحمد بن محمد بن المعتل البلوي (ت ٨٤٤ هـ) ٢٥٠
- ٢٨ - البزار - الحافظ أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق
(ت ٢٩٢ هـ) ٣٣٤

- ٢٣٩ - ٢٩ - بشر بن محجن
- ٤٢٢ - ٣٠ - بشر بن جبلة
- ٤٧٢ - ٣١ - ابن بطلال - أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك
(ت ٤٤٤ - ٤٤٩ هـ)
- ١٣٥ - ٣٢ - البغوي - الإمام الحافظ الفقيه أبو محمد الحسين بن مسعود
ابن محمد الفراء الشافعي (ت ٥١٦ هـ)
- ٨٥ - ٣٣ - أبو بكر - عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف
(المعروف بغلام الخلال) (ت ٣٧٣ هـ)
- ١٨١ - ٣٤ - أبو بكر الصديق - عبد الله بن عثمان بن عامر (ت ١٣ هـ)
- ٢٤٥ - ٣٥ - بلال بن رباح الحبشي
- ١٩٢ - ٣٦ - البهوتي - منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن
أحمد (ت ١٠٥١ هـ)
- ٢٤٤ - ٣٧ - البيهقي - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله
(ت ٤٥٨ هـ)
- ٧٥ - ٣٨ - الترمذي - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة
(ت ٢٧٩ هـ)
- ٥٣ - ٣٩ - ابن تيمية - شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن
المفتي شهاب الدين عبد الحلیم (ت ٧٢٨ هـ)
- ١٢٦ - ٤٠ - أبو ثور - إبراهيم بن خالد الكلبي (ت ٢٤٠ هـ)
- ٣٣٧ - ٤١ - الثوري - الحافظ أبو عبد الله بن سفيان بن سعيد بن مسروق
ابن حبيب الثوري (ت ١٦١ هـ)
- ١٤٩ - ٤٢ - جابر بن سمرة بن جندب العامري السوائي (ت ٧٤ هـ)
- ٢٣٣ - ٤٣ - جابر - أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام
(ت ٧٤٤ هـ)
- ٢٩٠ - ٤٤ - ابن الجبائي - عبد السلام بن محمد بن عبد الوهاب
(ت ٣٢١ هـ)
- ٢١٨

- ٤٥ - الجبائي - أبو علي محمد بن عبد الوهاب بن سلام الجبائي
(ت ٣٠٣ هـ) ٢١٨
- ٤٦ - أم جحدر العامرية ٢٣٤
- ٤٧ - جرير بن حازم (ت ١٧٠ هـ) ٣٩٩
- ٤٨ - ابن جريج - أبو خالد أو أبو الوليد - عبد الملك بن عبد العزيز
ابن جريج (ت ١٥٠ هـ) ٣٧٠
- ٤٩ - ابن جزى - محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى
(ت ٧٤١ هـ) ٤٢
- ٥٠ - الجصاص - أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت ٣٧٠ هـ) ١٠٤
- ٥١ - جعفر بن ربيعة بن شرحبيل بن حسنة القرشي
(ت ١٣٦ هـ) ٣٧٢
- ٥٢ - ابن الجلاب - أبو القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاب
(ت ٣٧٨ هـ) ٣١١
- ٥٣ - أبو جمعة حبيب بن سباع الأنصاري ٢٤٣
- ٥٤ - الجمل - سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى ١٩٠
- ٥٥ - جميل بنت يسار ٣٦٦
- ٥٦ - أبو جهل - عمرو بن هشام بن المغيرة بن عبد الله ٢٣٧
- ٥٧ - الجوهرى - إسماعيل بن حماد الجوهرى (ت ٣٩٣ هـ) ٤١٥
- ٥٨ - أبو حاتم محمد بن إدريس بن المنذر (ت ٢٧٧ هـ) ٢٤٤
- ٥٩ - ابن أبي حاتم - أبو محمد عبد الرحمن بن الحافظ الكبير
(ت ٣٢٧ هـ) ٢٤٤
- ٦٠ - الحارثي - مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد بن عياش
الحارثي (ت ٧١١ هـ) ١٣١
- ٦١ - الحافظ ابن حجر - أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن
محمد الكنانى العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) ٥٤

- ٦٢ - ابن حامد - الحسن بن حامد بن علي بن مروان
٢٠٤ (٤٠٣ هـ)
- ٦٣ - ابن حبان - أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان
٥٤ (٣٥٤ هـ)
- ٦٤ - حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء بن مبدول
١١٧
- ٦٥ - حبان - ابن هلال الباهلي (ت ٢١٦ هـ)
٥٣
- ٦٦ - حبيب بن أبي ثابت - حبيب بن قيس بن دينار أبو يحيى
٥٧ (١١٩ هـ)
- ٦٧ - أم حبيبة بنت أبي سفيان - رملة بنت أبي سفيان
٢٣٣ (٤٤٤ هـ)
- ٦٨ - الحجاج بن أرطاة
٤٤٧
- ٦٩ - ابن حجر الهيثمي - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي
١٢٦ السعدي (ت ٩٧٣ هـ)
- ٧٠ - أبو حرة الرقاشي
٣٠١
- ٧١ - ابن حزم - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري
٥٢ (ت ٤٥٦ هـ)
- ٧٢ - الحسن البصري - أبو سعيد الحسن بن يسار البصري
٢٨٥
- ٧٣ - الحسن - الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي (ت ٣٠٤ هـ)
٣٥٩
- ٧٤ - الحسن بن صالح - أبو عبد الله الحسن بن صالح بن حي
٣٦٣ الهمداني الثوري (ت ١٦٩ هـ)
- ٧٥ - الحسن بن علي بن محمد الهذلي (ت ٢٤٢ هـ)
٤٤٤
- ٧٦ - أبو الحسن اللخمي - أبو الحسن علي محمد الربيعي
٢١٧ (٤٧٨ هـ)
- ٧٧ - الحسين محمد بن بهرام المروزي (ت ٢١٣ هـ)
٤٠٠
- ٧٨ - أبو الحسين - محمد بن محمد بن الحسين بن محمد الفراء
٢٧٣ (٢٠٦ هـ)

- ٣٧٠ - ٧٩ - حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق
- ٤٢٠ - ٨٠ - الحكم بن أيوب بن الحكم بن أبي عقيل بن مسعود
- ٤١٠ - ٨١ - الحكم بن عتيبة الكوفي (ت ١١٥ هـ)
- ٤٣٦ - ٨٢ - أم حكيم بنت الحارث بن هشام بن المغيرة
- ٨٣ - حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي (ت ٥٤ هـ أو ٥٨ هـ)
- ٥٦
- ٤٠٠ - ٨٤ - حماد بن زيد بن درهم (ت ١٧٩ هـ)
- ٤٢٤ - ٨٥ - حماد بن مسلم أبو إسماعيل الكوفي
- ٢٦ - ٨٦ - أبو حنيفة - النعمان بن ثابت التيمي (ت ١٥٠ هـ)
- ١٧١ - ٨٧ - أبو حية الثميري - الهيثم بن الربيع بن زرارة (ت ١٥٨ هـ)
- ٣٨٥ - ٨٨ - خالد بن سعيد بن العاص بن أمية بن عبد شمس
- ٢٠٤ - ٨٩ - الخرشبي - محمد بن عبد الله الخرشبي (ت ١١٠ هـ)
- ٩٠ - الخرقى - عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد أبو القاسم الخرقى
- ٢٨٥
- ٩١ - أبو الخطاب - محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني (ت ١٥٠ هـ)
- ١٢٩
- ٩٢ - الخطابي - أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب (ت ٣٨٨ هـ)
- ٤٤٩
- ٤١٤ - ٩٣ - خلاص بن عمرو الهجري البصري
- ٩٤ - الخلال أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال الحنبلي (ت ٣١١ هـ)
- ٢٠٤
- ٩٥ - خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب الجندي (ت ٧٧٦ هـ)
- ١٢٠
- ٣٩٨ - ٩٦ - خنساء بنت خدام الأنصارية
- ٩٧ - الدارقطني - أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود الدارقطني (ت ٣٨٥ هـ)
- ١٦٧

- ٤٤٥ ٩٨ - داود بن الحصين الأموي (ت ١٣٥ هـ)
- ٩٩ - أبو داود - سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد
٥٦ (٢٧٥ هـ)
- ٣٢٢ ١٠٠ - داود الظاهري - داود بن علي بن خلف الأصبهاني
(ت ٢٧٠ هـ)
- ٤٣٢ ١٠١ - داود بن كردوس التغلبي
- ٣٣٤ ١٠٢ - أبو الدرداء - عويمر بن مالك أو عامر بن مالك (ت ٣٢ هـ)
- ١٢٥ ١٠٣ - الدردير - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي
(ت ١٢٠١ هـ)
- ٨٣ ١٠٤ - الدسوقي - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي
(ت ١٢٣٠ هـ)
- ٢٤٤ ١٠٥ - الذهبي - شمس الدين بن أبو عبد الله محمد بن أحمد
(ت ٧٤٨ هـ)
- ٩٥ ١٠٦ - ذوالرمة - غيلان بن عقبة بن بهيش
- ٢٩ ١٠٧ - الرافعي - عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل
(ت ٦٢٣ هـ)
- ٢٤٢ ١٠٨ - ابن رجب - عبد الرحمن بن أحمد بن رجب زين الدين
(ت ٧٩٥ هـ)
- ٧٤ ١٠٩ - ابن رشد - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي
(ت ٥٢٠ هـ)
- ٢٣٦ ١١٠ - روح بن غطيف الثقفي
- ٥١ ١١١ - الزبير بن الخريت البصري
- ١١٠ ١١٢ - الزبير - أبو عبد الله الزبير بن العوام (ت ٣٦ هـ)
- ٤٤٢ ١١٣ - أبو الزبير - محمد بن مسلم بن تدرس أبو الزبير
(ت ١٢٨ هـ)

- ١١٤- أبو زرعة - عبيد الله بن عبد الكريم الرازي (ت ٢٦٤ هـ) ٥٣
- ١١٥- الزركشي - محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي (ت ٧٧٤ هـ) ٣٩
- ١١٦- زفر - أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبري (ت ١٥٨ هـ) ١٦٢
- ١١٧- أبو الزناد - عبد الله بن ذكوان القرشي ٤١٥
- ١١٨- الزهري - أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب المدني (ت ١٢٤ هـ) ٢٩٩
- ١١٩- زيد بن حبان الرقي (ت ١٥٨ هـ) ٤٠٢
- ١٢٠- زيد بن خالد الجهني (ت ٧٨ أو ٦٨ هـ) ٣٢٣
- ١٢١- الزيلعي - أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي بن محجن (ت ٧٤٣ هـ) ٨٧
- ١٢٢- زينب بنت رسول الله ﷺ (ت ٨ هـ) ٤٤٣
- ١٢٣- زينب بنت عبد الله بن معاوية بن عتاب بن الأسد ٢٩٠
- ١٢٤- سحنون - أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي (ت ٢٤٠ هـ) ١٧٩
- ١٢٥- السرخسي - أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي (ت ٤٨٣ هـ) ٦٠
- ١٢٦- سعد بن مالك بن وهيب (ت ٥٦ هـ) ٣٣٤
- ١٢٧- ابن سعد - محمد بن سعد الحافظ (ت ٢٣٠ هـ) ٥٤
- ١٢٨- أبو السعود - محمد بن محمد بن مصطفى العمادي (ت ٩٨٢ هـ) ٣١٠
- ١٢٩- أبو سعيد الخدري (ت ٧٤ هـ) ٢٣٢
- ١٣٠- سعيد بن زيد بن درهم الأزدي (ت ١٦٧ هـ) ٥١
- ١٣١- سعيد بن أبي عمرو بن مهران العدوي (ت ١٥٦ هـ) ٤٤٦
- ١٣٢- سعيد بن المسيب بن حزن الخزومي (ت ٩٣ - ٩٤ هـ) ٣٥٤

- ٣٥٤ ١٣٣- سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (ت ٢٢٧ هـ)
- ٤٣٢ ١٣٤- السفاح بن مطر الشيباني
- ١٨٩ ١٣٥- ابن السكيت - يعقوب بن إسحاق أبو يوسف بن السكيت
(ت ١٨٦ هـ)
- ٣٨٢ ١٣٦- أم سلمة - هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن
مخزوم
- ٥٣ ١٣٧- سليمان بن حرب بن بجيل الأزدي (ت ٢٢٤ هـ)
- ٣٧٠ ١٣٨- سليمان بن موسى الأموي (ت ١١٩ هـ)
- ١٤٠ ١٣٩- ابن سماعة - محمد بن عبد الله بن هلاب بن وكيع أبو عبد الله
التميمي (ت ٢٣٣ هـ)
- ١٩٢ ١٤٠- السمرقندي - محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي
(ت ٥٤٠ هـ)
- ٤١٢ ١٤١- سمرة بن جندب بن هلال بن جريح (ت ١٥٩ و ٥٨ هـ)
- ٤٢٢ ١٤٢- سوار بن الأشعث
- ٤٢٣ ١٤٣- سوار بن مصعب الهمداني
- ٣٢٣ ١٤٤- سويد بن غفلة بن عوسجة بن عامر (ت ٨١ هـ)
- ٤٤٠ ١٤٥- سهل بن حنيف بن واهب بن الحكيم بن ثعلبة (ت ٣٨ هـ)
- ٢٩ ١٤٦- السيوطي - عبد الرحمن بن أبي بكر محمد بن أبي بكر عثمان بن
محمد (ت ٩١١ هـ)
- ٥٨ ١٤٧- الشافعي - أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس
(ت ٢٠٤ هـ)
- ١٢٠ ١٤٨- الشبراملسي - علي بن علي الشبراملسي أبو الضياء
(ت ١٠٧٨ هـ)
- ٤٣٠ ١٤٩- ابن شبرمة - عبد الله بن حسان بن المنذر الطلي
(ت ١٤٤ هـ)
- ٥٠ ١٥٠- شبيب بن غرقدة السلمي

- ١٥١- الشرنبلالي - أبو الإخلاص حسن بن عمار بن علي
الشرنبلالي (ت ١٠٦٩ هـ) ٤٨٥
- ١٥٢- شريح القاضي - شريح بن الحارث بن قيس الكندي
(ت ٧٨ - ٨٠ هـ) ٤١٠
- ١٥٣- الشريد بن سويد الثقفي ٣٠٣
- ١٥٤- شعبة بن الحجاج الأزدي أبو بسطام (ت ١٦٠ هـ) ٣٧٤
- ١٥٥- الشعبي - أبو عمرو بن شرحبيل الشعبي الحميدي
(ت ١٠٣ هـ) ١٥٢
- ١٥٦- أبو الشعثاء جابر بن زيد (ت ٩٣ هـ) ٤١٠
- ١٥٧- شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ٤٤٧
- ١٥٨- الشوكاني - محمد بن علي الشوكاني الصنعاني
(ت ١٢٥٠ هـ) ٦٣
- ١٥٩- الشيخ الشربيني - محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين
(ت ٩٧٧ هـ) ١٥٠
- ١٦٠- الشيخ أبو محمد الجويني - عبد الله بن يوسف بن محمد بن
حيويه ٧٣
- ١٦١- الصاوي - أحمد بن محمد الصاوي المصري (ت ١٢٤١ هـ) ٢٤٢
- ١٦٢- صفوان بن أمية بن خلف القرشي أبو وهب (ت ٤٢ هـ) ٤٣٥
- ١٦٣- الصنعاني - محمد بن إسماعيل بن صلاح (ت ١١٨٢ هـ) ٤٠٢
- ١٦٤- طارق بن شهاب بن عبد شمس بن هلال بن سلمة
(ت ٨٤ هـ) ١٨١
- ١٦٥- طاووس بن كيسان اليماني أبو عبد الرحمن الحميري
(ت ١٠٦ هـ) ٢٨٥
- ١٦٦- الطبرسي - أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي
(ت ٥٤٨ - ٥٥٢ هـ) ١٠١

- ١٦٧- الطبري - أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري
(ت ٣١٠ هـ) ١٠٢
- ١٦٨- الطحاوي - أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمه الأزدي
الطحاوي (ت ٣٢١ هـ) ٣٦٠
- ١٦٩- ابن عابدين - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين
(ت ١١٩٨ هـ) ٤٨٩
- ١٧٠- عاتكة بنت الوليد بن المغيرة ٤٣٥
- ١٧١- أبو العاص بن الربيع بن عبد العزي (ت ١٢ هـ) ٤٤٤
- ١٧٢- عامر بن سعد بن مالك بن أبي وقاص الزهري المدني
(ت ١٠٣ هـ) ٣٥١
- ١٧٣- عائشة بنت أبي بكر الصديق (ت ٥٧ - ٥٨ هـ) ١٠٧
- ١٧٤- عباد بن النعمان ٤٣٢
- ١٧٥- العباس بن عبد المطلب بن هشام (ت ٣٢ هـ) ٢٦٩
- ١٧٦- ابن عباس : أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب
(ت ٦٨ هـ) ٢٠٥
- ١٧٧- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر
(ت ٤٦٣ هـ) ١٤١
- ١٧٨- عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق (ت ٥٣ أو ٥٥ هـ) ٣٧٠
- ١٧٩- عبد الرحمن بن كعب بن مالك الأنصاري ٢٩٩
- ١٨٠- عبد الرحمن بن أبي ليلى (ت ٨٣ هـ) ٤١٩
- ١٨١- عبد الرحمن بن يزيد بن قيس النخعي (ت ٨٣ هـ) ٢٥٧
- ١٨٢- عبد الرزاق الحافظ أبو بكر عبد الرزاق بن همام
(ت ٢١١ هـ) ١٥٢
- ١٨٣- عبد الكريم بن أبي المخارق أبو أمية البصري ٤٤٣
- ١٨٤- عبد الله بن الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الرحمن
(ت ٢٩٠ هـ) ٤٤٨

- ٣٩٧ - ١٨٥- عبد الله بن بريدة بن الحصيب الأسلمي (ت ١١٥ هـ)
- ١٠٩ - ١٨٦- عبد الله بن جعفر بن أبي طالب (ت ٨٠ هـ)
- ١١٧ - ١٨٧- عبد الله بن دينار العدوي (ت ١٢٧ هـ)
- ١٠٨ - ١٨٨- عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد (قتل عام ٧٣ هـ)
- ٣٠٢ - ١٨٩- عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري
- ٢٤٣ - ١٩٠- عبد الله بن عوف القاري أبو القاسم
- ٤٣٣ - ١٩١- عبد الله بن يزيد الخطمي
- ٣٧١ - ١٩٢- عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد (ت ٢٠٦ هـ)
- ٤٤٦ - ١٩٣- عبد الوهاب بن عطاء الخفاف (ت ٢٠٤ هـ)
- ٣٨٤ - ١٩٤- عبيد الله بن جحش
- ٩٩ - ١٩٥- عبيد الله بن الحسن التميمي العنبري (ت ١٦٨ هـ)
- ٢٤٥ - ١٩٦- أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود (ت ٨٣ هـ)
- ١١٠ - ١٩٧- عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية (ت ٣٥ هـ)
- ٤٧٠ - ١٩٨- عدي بن ثابت الأنصاري (ت ١١٦ هـ)
- ٣٦١ - ١٩٩- العدوي : علي بن أحمد بن مكرم الصعدي
- ٢٠٠- ابن العربي - أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري
- ٦٣ - الأشبيلي (ت ٥٤٣ هـ)
- ٥٠ - ٢٠١- عروة البارقي
- ١٠٩ - ٢٠٢- عروة بن الزبير أبو عبد الله المدني (ت ٩٣ ، ٩٤ هـ)
- ٤٦٩ - ٢٠٣- عروة بن مسعود الثقفي بن معتب بن مالك
- ٢٧٢ - ٢٠٤- عطاء بن أبي رباح القرشي (ت ١١٤ هـ)
- ٢١٣ - ٢٠٥- عقبة بن عامر بن عيسى بن عمرو الجهني
- ٣٢٦ - ٢٠٦- ابن عقيل - علي بن محمد بن عقيل البغداي (ت ٥١٣ هـ)
- ٣٩٩ - ٢٠٧- عكرمة البربري (ت ١٠٦ - ١٠٧ هـ)
- ٤٣٦ - ٢٠٨- عكرمة بن أبي جهل
- ٣٧٧ - ٢٠٩- عكرمة بن خالد بن العاص بن هشام

- ٢١٠- العلاءي - الحافظ خليل بن كيكلي بن عبد الله العلاءي
(ت ٧٦١ هـ) ٢١٧
- ٢١١- علي بن أبي طالب بن عبد المطلب ٥٨
- ٢١٢- علي بن عبد الله المديني (ت ٢٣٤ هـ) ٤٤٦
- ٢١٣- ابن علي ، أبو إسحاق إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم
(ت ٢١٨ هـ) ٣٧١
- ٢١٤- ابن العماد - أحمد بن عماد بن محمد بن يوسف الأقفهسي
(ت ٨٠٨ هـ) ٣٩٤
- ٢١٥- عمر بن الخطاب (ت ٢٣ هـ) ٢٣٧
- ٢١٦- ابن عمر بن أبي سلمة ٣٨٢
- ٢١٧- عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد القرشي (ت ٨٣ هـ) ٣٨٢
- ٢١٨- ابن عمر - عبد الله بن عمر بن الخطاب (ت ٧٢-٧٣ هـ) ٤٨
- ٢١٩- عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي (ت ٥٢ هـ) ٢١١
- ٢٢٠- عمران بن ظبيان ٤٧١
- ٢٢١- عمرو بن أمية الضمري ٣٨٤
- ٢٢٢- عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي ٣٠٣
- ٢٢٣- عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص
(ت ١١٨ هـ) ٤٤٧
- ٢٢٤- عوف بن الحارث بن الطفيل بن سخبرة بن جرثومة الأزدي ١٠٧
- ٢٢٥- العيني - محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين بن
يوسف (ت ٨٥٥ هـ) ٤٩
- ٢٢٦- الغزالي - أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد
(ت ٥٠٥ هـ) ١٥٧
- ٢٢٧- غيلان بن سلمة الثقفي (ت ٢٣ هـ) ٢٣٢
- ٢٢٨- ابن فارس - أحمد بن فارس بن زكريا القزويني
(ت ٣٩٥ هـ) ٩

- ٢٢٩- فاطمة الزهراء بنت إمام المتقين رسول الله
٢٣٧
- ٢٣٠- الفخر الرازي - محمد بن عمر بن الحسين (ت ٦٠٦ هـ) ١٠٤
- ٢٣١- أبو الفرج الزاز - عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن عبد الرحمن ٢١٣
- ابن محمد بن أحمد بن عبد الرحمن بن زاز (ت ٤٩٤ هـ) ١٥١
- ٢٣٢- فرعون موسى ١٠٥
- ٢٣٣- ابن القاسم - عبد الرحمن بن القاسم بن خالد ابن جنادة
(ت ١٩١ هـ) ٤٣
- ٢٣٤- القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق التيمي (ت ١٠٦ هـ) ٣٦٣
- ٢٣٥- القاضي أبو بكر - محمد بن الطيب بن محمد الباقلاني
(ت ٤٠٣ هـ) ٢١٩
- ٢٣٦- ابن قاضي سماونه - بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبد
العزیز ٧٠
- ٢٣٧- القاضي أبو الطيب - طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري
(ت ٤٥٠ هـ) ١٣
- ٢٣٨- القاضي أبو يعلى - محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن
أحمد أبو خازم (ت ٤٥٨ هـ) ١٣١
- ٢٣٩- قاضيخان - الحسن بن منصور بن أبي القاسم
(ت ٥٩٢ هـ) ٦٩
- ٢٤٠- قتادة - قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي (ت ١١٧ هـ) ٤٤٦
- ٢٤١- أبو قتادة بن ربعي الأنصاري (ت ٥٤ هـ) ٢٤٦
- ٢٤٢- ابن قدامة - عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
(ت ٦١٥ هـ) ٩١
- ٢٤٣- القرافي - أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤ هـ) ٢١٨
- ٢٤٤- القسطلاني - أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك
القسطلاني (ت ٩٢٣ هـ) ٤٩
- ٢٤٥- أبو قلابة - عبد الله بن زيد بن عمرو الجرمي البصري
(ت ١٠٤ هـ) ٢٢٩

- ٢٤٦- ابن القيم - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب
(ت ٧٥١ هـ) ٣١٠
- ٢٤٧- الكاساني - أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت ٥٨٧ هـ) ٤٧
- ٢٤٨- الكرايسي - الحسين بن علي بن يزيد الكرايسي
(ت ٢٤٥ هـ) ٣٢٢
- ٢٤٩- كريب بن أبي مسلم الهاشمي (ت ٩٨ هـ) ٢٨٩
- ٢٥٠- ابن كعب بن مالك ٣٠٢
- ٢٥١- كعب بن مالك بن أبي كعب ٢٩٨
- ٢٥٢- أبو ليلى - لمازة بن زبار الأزدي ٥١
- ٢٥٣- ابن لهيعة - عبد الله بن لهيعة بن عقبة (ت ١٧٤ هـ) ٢٤٢
- ٢٥٤- الليث بن سعد - أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن
(ت ١٧٥ هـ) ٢٨٦
- ٢٥٥- ابن أبي ليلى - محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري
(ت ١٤٨ هـ) ٤٥١
- ٢٥٦- ابن ماجه - أبو عبد الله محمد بن يزيد الربيعي القزويني
(ت ٢٧٣ هـ) ٢٤٧
- ٢٥٧- المازري - أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي
(ت ٥٣٦ هـ) ٢١٧
- ٢٥٨- مالك - أبو عبد الله مالك بن أنس ٧١
- ٢٥٩- الماوردي - أبو الحسن علي بن محمد البصري (ت ٤٥٠ هـ) ١٨٥
- ٢٦٠- مجاهد - بن جبر أبو الحجاج المكي (ت ١٠٣ - ١٠٢ هـ) ٩٩
- ٢٦١- محجن بن أبي محجن الدثلي ٢٣٩
- ٢٦٢- محمد بن إسحاق بن يسار (ت ٥٠ هـ) ٤٤٥
- ٢٦٣- محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩ هـ) ٢٦
- ٢٦٤- محمد بن حمير بن أنيس القضاعي (ت ٢٠٠ هـ) ٤٢٢

- ٢٦٥- محمد بن سيرين - أبو بكر محمد بن سيرين البصري
 ٩٩ الأنصاري (ت ١١٠ هـ)
- ٢٦٦- محمد بن شرحبيل
 ٤٢٢
- ٢٦٧- محمد بن عبيد بن حساب الغبري البصري (ت ٢٣٨ هـ)
 ٤٠٠
- ٢٦٨- محمد بن عبيد الله العرزمي الفزاري
 ٤٤٨
- ٢٦٩- محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي
 ٣٨٤ (ت ١١٤ هـ)
- ٢٧٠- محمد بن عمرو الرازي (ت ٢٤٠ هـ)
 ٤٤٤
- ٢٧١- محمد بن يزيد بن أبي زياد الثقفي
 ٢٤٣
- ٢٧٢- المزني - أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن
 ٩٨ إسحاق المزني (ت ٢٦٤ هـ)
- ٢٧٣- ابن مسعود - عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي
 ٢٠٦ (ت ٣٢ هـ)
- ٢٧٤- مسلم - أبو الحسين مسلم ابن الحجاج بن مسلم القشيري
 ٢٢١ النيسابوري (ت ٢٦١ هـ)
- ٢٧٥- المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب بن عبد مناف
 ٢٠٦ (ت ٦٤ هـ)
- ٢٧٦- المطرزي - ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي
 ٣٧ (ت ٦١٠-٦١٦ هـ)
- ٢٧٧- معاذ بن جبل بن عمرو الأنصاري
 ٢٩٨
- ٢٧٨- معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب (ت ٦٠ هـ)
 ٢٣٣
- ٢٧٩- معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني
 ٣٦٦
- ٢٨٠- معمر بن سليمان النخعي (ت ١٩١ هـ)
 ٤٠٢
- ٢٨١- ابن معين - يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام
 ٥٣ (ت ٢٣٣ هـ)
- ٢٨٢- ابن مفلح - إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح
 ٧٤

- ٢٨٣- المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي (ت ٥٠ هـ) ٤٢٢
- ٢٨٤- ابن الملقن - أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ٢٨
- (ت ٨٠٤ هـ)
- ٢٨٥- أبو المليح الهذلي بن أسامة (ت ١٠٨ هـ) ٤٢٠
- ٢٨٦- ابن أبي مليكة - عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة ٢٩١
- (ت ١٦٨ هـ)
- ٢٨٧- المنذري - الحافظ أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله (ت ٦٥٦ هـ) ٢٣٤
- ٢٨٨- المنذر بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي ٣٧٠
- ٢٨٩- ابن المنذر - أبو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ٧٥
- (ت ٣١٩ هـ)
- ٢٩٠- ابن منصور - أبو يعقوب إسحاق بن منصور بن بهرام ٣٢٦
- الكوسج المروزي (ت ٢٥١ هـ)
- ٢٩١- موسى بن إسماعيل المنقري (ت ٢٢٣ هـ) ٢٤٦
- ٢٩٢- أبو موسى الأشعري - عبد الله بن قيس بن سليم بن عامر الأشعري ٣٧٣
- ٢٩٣- ابن أبي موسى - عبد الخالق بن عيسى بن أحمد بن موسى ٣٣٧
- (ت ٤٧٠ هـ)
- ٢٩٤- ميمونة بنت الحارث بن مزن الهلالية (ت ٥١ هـ) ٢٨٩
- ٢٩٥- الميموني - عبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني الرقي ١٤٩
- (ت ٢٧٤ هـ)
- ٢٩٦- النجاشي - أصحمة بن أبجر النجاشي ٣٨٤
- ٢٩٧- النخعي - أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس الأسود النخعي ٩٩
- ٢٩٨- النسائي - الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي ٢٣٦
- النسائي الخراساني (ت ٣٠٣ هـ)
- ٢٩٩- نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عوف القرشي العدوي ٣١٣
- (ت ٥١٥ هـ)

- ٣٠٠- ابن النقيب - محمد بن أبي بكر بن إبراهيم بن عبد الرحمن
(ت ٤٥٠ هـ) ١٨٥
- ٣٠١- نور الدين عبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم (ت ٦٨٤ هـ) ٣٩٦
- ٣٠٢- النووي - محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري
النووي (ت ٦٧٦ هـ) ١٥١
- ٣٠٣- هارون بن الأعور المقرئ - هارون بن موسى الأزدي العتكي ٥٤
- ٣٠٤- هانيء بن قبيصة بن هانيء بن مسعود الشيباني ٤٣٩
- ٣٠٥- أبو هريرة - عبد الرحمن بن صخر الدوسي (ت ٥٩ هـ) ٦٢
- ٣٠٦- هشام بن عبيد الله الرازي ٣٦١
- ٣٠٧- هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدي
(ت ١٤٥ - ١٤٦ هـ) ١٠٩
- ٣٠٨- ابن الهمام - محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين
(ت ٨٦١ هـ) ٣٧٤
- ٣٠٩- همام بن يحيى بن دينار العوزي (ت ١٦٣ هـ) ٢٤٦
- ٣١٠- الهيثمي - علي بن أبي بكر سليمان بن أبي بكر عمر بن صالح
(ت ٨٠٧ هـ) ٢٤٤
- ٣١١- الواحدي - أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي
الغيسابوري (ت ٤٦٨ هـ) ٦٢
- ٣١٢- ابن الوكيل - زين الدين محمد بن عبد الله القرشي
(ت ٧٣٨ هـ) ٢٥
- ٣١٣- أبو الوليد الباجي - أبو الوليد سليمان بن خلف التجيبي
(ت ٤٧٤ هـ) ٤٣٨
- ٣١٤- ابن وهب - عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي
(ت ١٩٧ هـ) ٣٩١

٣١٥- يحيى الأنصاري - أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو

الأنصاري (ت ١٤٣ هـ) ٢٣٠

٣١٦- يزيد بن أبي حبيب - يزيد بن سويد الأزدي (ت ١٢٨ هـ) ٢٤٣

٣١٧- يزيد بن هارون - أبو خالد الواسطي (ت ٢٠٦ هـ) ٤٥١

٣١٨- أبو يوسف - يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري

(ت ١٨٢ هـ) ٢٦

٣١٩- أم يونس - بنت شداد ٢٣٤

٣٢٠- ابن يونس - محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي

(ت ٤٥١ هـ) ٧١

فهرس المصادر والمراجع

أولا : كتب التفسير وعلوم القرآن :

- ١ - أحكام القرآن - للجصاص - أبي بكر أحمد بن علي الرازي (ت ٣٧٠ هـ) مطبعة الأوقاف الإسلامية ، دار الخلافة العلية دار الكتاب العربي بيروت .
- ٢ - أحكام القرآن - لابن العربي - أبي بكر محمد بن عبد الله (ت ٥٤٣ هـ) تحقيق علي محمد البجاوي ط ٢ ، القاهرة ، عيسى البابي الحلبي ١٣٨٨ هـ .
- ٣ - أحكام القرآن - الكيا الهراسي - علي بن محمد بن علي (ت ٥٠٤ هـ) تحقيق موسى محمد علي - وعزت علي عيد عطية - القاهرة دار الكتب الحديثة ، ١٣٩٤ هـ .
- ٤ - الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه - لمكي القيسي ، مكّي بن أبي طالب حموش بن محمد القيسي (ت ٤٣٧ هـ) تحقيق د . أحمد حسن فرحات .
- ٥ - التفسير الكبير (مفاتيح الغيب) الرازي ، فخر الدين الرازي ، محمد بن عمر بن الحسين (ت ٦٠٦ هـ) ط ٢ الناشر دار الكتب العلمية ، طهران .
- ٦ - تفسير الكشاف - الزمخشري ، ت ٥٣٨ هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ١٣٨٥ هـ .
- ٧ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، لابن الفضل شهاب الدين الألوسي . (ت ١٢٧٠ هـ) دار إحياء التراث العربي بيروت .
- ٨ - زاد المسير في علم التفسير ، أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت ٥٩٧ هـ) . المكتب الإسلامي - الطبعة الأولى ١٣٨٤ هـ .
- ٩ - الجامع لأحكام القرآن - القرطبي - محمد بن أحمد بن فرج (ت ٦٧١ هـ) . تصحيح أحمد عبد العليم البردوني ط ٣ ، القاهرة دار القلم ١٣٨٦ هـ .
- ١٠ - جامع البيان في تفسير القرآن ، للطبري ، أبي جعفر محمد بن جرير (ت ٣١٠ هـ) ط ٢ ، ١٣٩٣ هـ . دار المعرفة للطباعة والنشر ، وكذلك طبعة عيسى البابي الحلبي . تحقيق د . أحمد شاکر .
- ١١ - فتح القدير ، للشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠ هـ) ط ٢ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ١٣٨٣ هـ .
- ١٢ - محاسن التأويل (تفسير القاسمي) محمد جمال الدين القاسمي (ت ١٣٣٢ هـ) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية .
- ١٣ - مجمع البيان في تفسير القرآن للطبرسي - أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي - دار الحياة بيروت .
- ١٤ - الناسخ والمنسوخ ، أبو القاسم هبة الله بن سلامة ، ط ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٨٧ هـ .

ثانيا : كتب الحديث وعلومه :

- ١٥- الآثار - (مسند أبي يوسف) لأبي يوسف ، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (ت ١٨٢ هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٥٥ هـ ، مطبعة الاستقامة ، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدرآباد .
- ١٦- إحكام الأحكام - شرح عمدة الأحكام . ابن دقيق العيد - محمد بن علي بن وهب (ت ٧٠٢ هـ) ، عالم الفكر - ١٣٩٦ هـ .
- ١٧- إرشاد الساري شرح صحيح البخاري - القسطلاني - أحمد بن محمد بن أبي بكر (ت ٩٣٣ هـ) ، دار الطباعة المصرية ١٢٦٧ هـ .
- ١٨- إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الأولى (١٣٩٩ هـ) المكتب الإسلامي بيروت .
- ١٩- الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار ، ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن محمد التمري (ت ٤٦٣ هـ) تحقيق علي النجدي ناصف ، القاهرة ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية (١٣٩١ هـ) .
- ٢٠- بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ، أحمد بن عبد الرحمن البنادار الأنوار للطباعة والنشر ، القاهرة ١٣٦٩ هـ .
- ٢١- بذل المجهود في حل أبي داود - خليل أحمد السهارنفوري الهند المدرسة العلمية ١٣٤٥ هـ .
- ٢٢- تلخيص الحبير في تخرج أحاديث الرافعي الكبير ، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢ هـ) تحقيق عبد الله بن هاشم اليماني المدني ، شركة الطباعة الفنية - المدينة المنورة .
- ٢٣- تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف ، ليوسف بن عبد الرحمن المزني طبعة بمباي الهند ، الدار القيمة .
- ٢٤- تهذيب السنن - لابن قيم الجوزية : أبي عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي (ت ٧٥١ هـ) مطبوع مع مختصر سنن أبي داود . للمندري .
- ٢٥- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن عمر (ت ٤٦٣ هـ) تحقيق مصطفى أحمد العلوي وآخرون وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والثقافية ، الرباط ، ١٣٩١ هـ .
- ٢٦- الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١ هـ) ط ٤ ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .
- ٢٧- الجوهر النقي لابن التركماني - علي بن عثمان المارديني (ت ٧٤٥ هـ) حاشية على السنن الكبرى للبيهقي .
- ٢٨- حاشية السندي على سنن النسائي ، محمد بن عبد الهادي السندي (ت ١١٣٨ هـ) طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، مطبوع مع سنن النسائي .
- ٢٩- خصائص المسند لأبي موسى المديني ، المديني عمر بن عمر بن أحمد (ت ٥٨١ هـ) مطبوع مع مسند الإمام أحمد بن حنبل (المقدمة) بتحقيق أحمد شاكر .
- ٣٠- الدراية في تخرج أحاديث الهداية ، ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد (ت ٨٥٣ هـ) تعليق عبد الله هاشم اليماني ، المدينة المنورة ، مطبوعات السنة النبوية ١٣٨٤ هـ .

- ٣١- الديات للضحاك ، أبي بكر أحمد بن عمرو النبيل أبي عاصم مطبعة التقدم ، مصر ط ١ ، ١٣٢٣ هـ .
- ٣٢- السنن - لسعيد بن منصور الخرساني (ت ٢٢٧ هـ) مطبعة علي بريس ١٣٨٧ هـ .
- ٣٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، لأبي إبراهيم محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الصنعاني دار الفكر بيروت .
- ٣٤- سنن الترمذي ، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩ هـ) تحقيق وتعليق عزت عبيد الدعاس ، حمص مكتبة دار الدعوة ١٣٨٨ هـ .
- ٣٥- سنن الدارقطني - علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥ هـ) دار المحاسن للطباعة ، القاهرة ١٣٨٦ هـ .
- ٣٦- سنن أبي داود ، أبي داود سليمان بن الأشعث إسحاق (ت ٢٧٥ هـ) تحقيق عزت عبيد الدعاس ، حمص ، مكتبة الجنيد .
- ٣٧- السنن الكبرى - للبيهقي ، أبو بكر ، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) ط ١ مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن - الهند .
- ٣٨- سنن ابن ماجه . لأبي عبد الله محمد القزويني (ت ٢٧٥ هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، القاهرة دار إحياء الكتب العربية .
- ٣٩- سنن النسائي ، لأبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣ هـ) ط ١ دار إحياء التراث العربي بيروت .
- ٤٠- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري المالكي (١١٢٢ هـ) المطبعة الخيرية مصر ١٣٩٩ هـ .
- ٤١- شرح معاني الآثار ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت ٣٢١ هـ) مطبعة الأنوار المحمدية القاهرة .
- ٤٢- شرح النووي على صحيح مسلم ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) الطبعة ٣ ، ١٣٩٨ هـ ، دار الفكر بيروت .
- ٤٣- صحيح البخاري بشرح الكرماني ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦ هـ) مؤسسة المطبوعات الإسلامية ، القاهرة .
- ٤٤- صحيح الجامع الصغير وزيادته ، محمد ناصر الدين الألباني منشورات المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٣٨٨ هـ .
- ٤٥- صحيح مسلم ، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١ هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر وتوزيع دار الإفتاء .
- ٤٦- ضعيف الجامع الصغير ، الجلال السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١ هـ) تحقيق وتخرير ناصر الدين الألباني ، بيروت ، المكتب الإسلامي ١٣٨٨ هـ .
- ٤٧- عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي ، ابن العربي ، محمد بن عبد الله بن محمد أبو بكر (ت ٥٤٣ هـ) دار العلم للجميع .

- ٤٨- علل الحديث ، الرازي ، أبو محمد عبد الرحمن الرازي ، ابن الإمام أبي حاتم محمد بن إدريس ، دار السلام ، حلب ١٣٤٣ هـ .
- ٤٩- علل الحديث لابن المديني ، ابن المديني ، علي بن عبد الله بن جعفر أبو الحسن (ت ٢٣٤ هـ) تحقيق محمد مصطفى الأعظمي بيروت ، المكتب الإسلامي ١٣٩٢ هـ .
- ٥٠- علوم الحديث لابن الصلاح ، ابن الصلاح ، عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان (ت ٦٤٣ هـ) تحقيق نور الدين عترط ٢ ، المدينة المنورة ، المكتبة العالمية ١٣٩٢ هـ .
- ٥١- عمدة القاريء شرح صحيح البخاري ، العيني - محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين (ت ٨٥٥ هـ) إدارة المطابع المنيرية ١٣٤٥ هـ .
- ٥٢- عون المعبود شرح سنن أبي داود ، محمد شمس الحق العظيم آبادي ، بيروت دار الكتاب العربي ، ١٣٢٣ هـ .
- ٥٣- الفائق في غريب الحديث ، الزمخشري - محمود بن عمر بن محمد جار الله أبو القاسم (ت ٥٣٨ هـ) تحقيق محمد البجاوي أبو الفضل ط ٢ ، القاهرة ، دار إحياء الكتاب العربي .
- ٥٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) نشر وتوزيع إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، المملكة العربية السعودية .
- ٥٥- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ، أحمد بن عبد الرحمن البنادار الشهاب ، القاهرة .
- ٥٦- الفتح المبين لشرح الأربعين ، ابن حجر الهيتمي - أحمد بن محمد بن علي أبو العباس ، (ت ٩٧٤ هـ) القاهرة دار إحياء الكتب العربية .
- ٥٧- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، علي بن أبي بكر الهيتمي (ت ٨٠٧ هـ) ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٦٧ هـ .
- ٥٨- المراسيل ، لأبي داود ، أبو داود - سليمان بن الأشعث بن إسحاق (ت ٢٧٥ هـ) المطبعة العلمية ط ٢ سنة ١٣١٠ هـ .
- ٥٩- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح . الملا علي القاري - علي بن سلطان بن محمد نور الدين ، القاهرة - المطبعة الميمنية ١٣٠٩ هـ .
- ٦٠- المستدرك على الصحيحين : لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥ هـ) الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب .
- ٦١- المستفاد من مبهات المتن والإسناد . ابن العراقي ، أحمد بن عبد الرحمن بن الحسين ولي الدين أبو زرعة (ت ٨٢٦ هـ) الرياض مطابع الرياض .
- ٦٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل - للإمام أحمد بن حنبل الشيباني (٢٤١ هـ) طبعة مصطفى الباي الحلبي ، تحقيق أحمد شاكر . وطبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر .
- ٦٣- مسند الطيالسي ، سليمان بن داود الطيالسي (ت ٢٠٤ هـ) طباعة مصورة بلبان عن الطباعة الهندية .

٦٤- مشكل الآثار لأبي جعفر الطحاوي (ت ٣٢١ هـ) الطبعة الأولى مطبعة دار المعارف حيدرآباد . الهند .

٦٥- المصنف في الحديث والآثار ، لعبد الله بن أحمد بن أبي شيبه (ت ٢٣٥ هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩ هـ الدار السلفية - الهند .

٦٦- المصنف عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١ هـ) تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط ١ - مطابع دار القلم بيروت ، الناشر المكتب الإسلامي .

٦٧- معالم السنن للخطابي - أبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب (ت ٣٨٨ هـ) مطبوع مع سنن أبي داود . تحقيق الدعاس .

٦٨- المعجم الكبير ، للطبراني - أبي القاسم سليمان بن أحمد (ت ٣٦٠ هـ) تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي ط ١ (١٣٩٨ هـ) الدار العربية للطباعة بغداد .

٦٩- المغني في الضعفاء - للذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان (ت ٧٤٨ هـ) حلب دار المعارف ١٣٩١ هـ .

٧٠- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة ، لمحمد بن عبد الرحمن السخاوي ، مكتبة الخانجي مصر ١٣٧٥ هـ .

٧١- المنتقى شرح موطأ مالك - للباجي ، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد (ت ٤٧٤ هـ) ط ١ ، مطبعة السعادة مصر ١٣٣٢ هـ .

٧٢- منحة المعبود في ترتيب مسند الطيالسي أبو داود . لأحمد عبد الرحمن البنا - الشهير بالساعاتي (ت ١٣٧١ هـ) ط ١ ، المطبعة المنيرية الأزهر .

٧٣- المنهل العذب المورود - محمود بن محمد خطاب السبكي (ت ١٣٥٢ هـ) مطبعة الاستقامة ، القاهرة ١٣٥٣ هـ .

٧٤- موطأ الإمام مالك برواية يحيى الليثي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الحلبية مصر وكذلك برواية محمد بن الحسن ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف (يشار إليها عند ذكرها) المطبعة الحلبية القاهرة .

٧٥- نصب الراية لأحاديث الهداية ، للزيلعي ، أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت ٧٦٢ هـ) ط ١ ، دار المأمون القاهرة ١٣٥٧ هـ .

٧٦- النهاية في غريب الحديث والأثر . لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير (ت ٦٠٦ هـ) تحقيق طاهر أحمد الزاوي . دار إحياء الكتب العربية ، ط ١ ، ١٣٨٣ هـ .

٧٧- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠ هـ) طبع ١٩٧٣ م دار الجيل بيروت .

ثالثا : كتب أصول الفقه :

٧٨- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام . ابن دقيق العيد ، محمد بن علي تقي الدين (ت ٧٠٢ هـ) إدارة الطباعة المنيرية (١٣٤٤ هـ) .

- ٧٩- أحكام أهل الذمة لابن القيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت ٧٥١ هـ) تحقيق صبحي الصالح ، دمشق ، مطبعة الجامعة (١٣٨ هـ) .
- ٨٠- الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ، أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد (ت ٦٣١ هـ) مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ١٣٨٧ هـ .
- ٨١- الأحكام في أصول الأحكام ، لابن حزم الظاهري (ت ٤٠٦ هـ) مطبعة الإمام . مصر .
- ٨٢- إرشاد الفحول ، إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ) الطبعة الأولى / الحلبية القاهرة ١٣٥٦ هـ .
- ٨٣- إعلام الموقعين ، ابن القيم الجوزية - محمد بن أبي بكر الجوزي (ت ٧٥١ هـ) طباعة دار الجيل ١٩٧٣ م .
- ٨٤- أقيسه النبي المصطفى محمد (ص) للإمام ناصح الدين عبد الرحمن الأنصاري الحنبلي (٦٣٤ هـ) تحقيق وتقديم أحمد حسن جابر وعلي الخطيب .
- ٨٥- البرهان في أصول الفقه ، للجويني - عبد الملك بن عبد البر بن يوسف ضياء الدين (ت ٤٧٨ هـ) مطابع الدوحة الحديثة (١٣٩٩ هـ) .
- ٨٦- تأسيس النظر - للدبوسي ، الدبوسي - عبد الله بن عمر بن عيسى (ت ٤٣٠ هـ) القاهرة - المكتبة الأدبية .
- ٨٧- تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ، خليل بن كيكلي العلائي مجمع اللغة العربية دمشق ١٩٧٥ م .
- ٨٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون (ت ٧٩٩ هـ) مطبوع مع فتح العلي المالك لمحمد عlish ، المطبعة الحلبية ، القاهرة .
- ٨٩- تنقيح الفصول - للقرافي ، القرافي - شهاب الدين أبو العباس أحمد ابن إدريس تحقيق طه عبد الرؤوف ، دار الفكر ، بيروت .
- ٩٠- التلويح على التوضيح ، سعد الدين التفتازاني ، ص ١ - المطبعة الخيرية ١٣٢٢ هـ .
- ٩١- تهذيب الفروق في الأسرار الفقهية والقواعد السنية ، محمد بن علي ابن حسين ، بهامش الفروق نسخة مصورة عن طبعة القاهرة ، دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٧ هـ .
- ٩٢- التوضيح على التنقيح ، لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود التفتازاني (ت ٧٤٧ هـ) الطبعة الأولى ، المطبعة الخيرية القاهرة .
- ٩٣- الحجة على أهل المدينة ، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، لجنة إحياء المعارف ، حيدرآباد ، ١٩٧١ م .
- ٩٤- حاشية الفناري علي شرح السراجية ، الفناري - محمد بن علي بن يوسف (ت ٩٢٩ هـ) القاهرة ، مطبعة فرج الله زكي الكردي .
- ٩٥- الرسالة للشافعي - محمد بن إدريس بن العباس (ت ٢٠٤ هـ) تحقيق أحمد شاكر ، القاهرة ، مطبعة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي .

- ٩٦- شرح الجلال المحلي علي متن جمع الجوامع ، جلال الدين المحلي المكتبة التجارية الكبرى .
- ٩٧- شرح الشنشوري علي متن السراجية ، الشنشوري - عبد الله بن محمد بن عبد الله (ت ٩٩٩ هـ) مطبوع مع حاشية الباجوري المطبعة الميمنية ، القاهرة .
- ٩٨- شرح كتاب السير الكبير ، محمد بن الحسن الشيباني تحقيق دد . صلاح الدين المنجد ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية ، معهد المخطوطات القاهرة .
- ٩٩- الشريعة الإسلامية ، د . بدران أبو العينين بدران ، الإسكندرية مطبعة دار الجامعات المصرية .
- ١٠٠- العدة في أصول الفقه لأبي يعلى ، الفراء محمد بن الحسن بن محمد (ت ٤٥٨ هـ) تحقيق د . أحمد سير مباركى ، بيروت ، مؤسسة الرسالة (١٤٠٠ هـ) .
- ١٠١- غاية الوصول إلى لب الأصول ، زكريا الأنصاري / زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري (٩٢٦ هـ) مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة (١٣٦٠ هـ) .
- ١٠٢- فتح الغفار بشرح المنار المعروف (بمشكاة الأنوار في أصول المنار) زين الدين بن إبراهيم بن نجم الحنفي المطبعة الحلبيه بمصر ١٣٥٥ هـ .
- ١٠٣- الفروق ، للقرافي ، القرافي ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن . أبو العباس (ت ٦٨٤ هـ) بيروت دار المعرفة .
- ١٠٤- الفقيه والمتفقه - أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي (ت ٤٦٣ هـ) الرياض دار الإفتاء .
- ١٠٥- القواعد والفوائد الأصولية ، علي بن محمد بن العباس ابن اللحام ، (ت ٨٠٣ هـ) مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ١٣٧٥ هـ .
- ١٠٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري (ت ٧٣٠ هـ) دار الكتاب العربي بيروت .
- ١٠٧- المحصول في علم أصول الفقه ، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي تحقيق د . طه جابر العلواني ط ١ ، من مطبوعات جامعة الإمام .
- ١٠٨- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، لابن بدران ، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى الدمشقي (١٣٦٣ هـ) إدارة المطبوعات المنيرية - مصر .
- ١٠٩- المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دمشق ١٣٨٤ هـ .
- ١١٠- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، د . محمد شلبي ، دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٩ م .
- ١١١- المدخل لدراسة الشريعة ، د . عبد الكريم زيدان ، بغداد . مطبعة العاني ١٣٨٩ هـ .
- ١١٢- المدخل للفقه الإسلامي ، د . حسين حامد ط ٢ ، مكتبة المتنبي .
- ١١٣- المستصفي للغزالي ، أبي حامد محمد بن محمد بن محمد (ت ٥٠٥ هـ) المطبعة الحلبيه ، مصر .

- ١١٤- المسودة في أصول الفقه ، تصنيف ثلاثة من آل تيمية ، مطبعة المدني القاهرة .
- ١١٥- الملكية ونظرية العقد ، د . أحمد فراج ، ط ١ ، شركة الطباعة المتحدة القاهرة .
- ١١٦- الملكية ونظرية العقد ، د . محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي مصر .
- ١١٧- منار الأنوار في أصول الفقه ، عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين بن ملك (ت ٨٠١ هـ) .
- ١١٨- منافع الدقائق شرح مجمع الحقائق ، مصطفى بن محمد بن مصطفى الكوز الحصري (ت بعد ١٢٤٦ هـ) (المطبعة العثمانية إستانبول (١٣٠٨ هـ) .
- ١١٩- المنشور في القواعد الفقهية ، للزر كشي تحقيق تيسير فائق محمود ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت .
- ١٢٠- موسوعة الفقه الإسلامي (موسوعة عبد الناصر) المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ١٣٩٠ هـ .

رابعاً : كتب الفقه :

أ - الفقه الحنفي :

- ١٢١- اللآلي الدرية للرملي : خير الدين بن أحمد بن علي (ت ١٠٨١ هـ) القاهرة - المطبعة الأزهرية ، حاشية على جامع الفصولين .
- ١٢٢- اتحاف الأبصار والبصائر تبويب كتاب الأشباه والنظائر محمد أبو الفتوح الحنفي المطبعة الوطنية بالإسكندرية .
- ١٢٣- أحكام الأوقاف ، أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف (ت ٢٦١ هـ) الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ .
- ١٢٤- الاختيار لتعليل المختار لأبي الفضل عبد الله بن محمود بن محمود الموصلي تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ط ٤ عام ١٣٨٤ هـ مطبعة المدني ، القاهرة .
- ١٢٥- اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ت ١٨٢ هـ الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ .
- ١٢٦- الإسعاف في أحكام الأوقاف ، لإبراهيم بن موسى الطرابلسي دار الرائد العربي - بيروت - لبنان .
- ١٢٧- الأشباه والنظائر لابن نجيم - زين العابدين بن إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠ هـ) تحقيق عبد العزيز الوكيل ، الناشر مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع ، القاهرة ١٣٨٧ هـ مطابع سجل العرب .
- ١٢٨- الأصل ، محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٩ هـ حيدرآباد الدكن - دائرة المعارف الهندية .
- ١٢٩- أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل ، نجم الدين إبراهيم بن علي بن عبد الواحد بن عبد المنعم الطرسوسي (المتوفى ٧٥٨ هـ) مطبعة الشرق / مصر ١٣٤٤ هـ .
- ١٣٠- البحر الرائق لابن نجيم - زين العابدين بن إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠ هـ) دار المعرفة بيروت .
- ١٣١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت ٥٨٧ هـ) دار الكتاب العربي بيروت .

- ١٣٢- البناية في شرح الهداية ، محمود بن أحمد بن موسى العيني (ت ٨٥٥ هـ) الهند - المطبع العالي .
- ١٣٣- بهجة المشتاق لأحكام الطلاق ، محمد عبد الرحمن المحلاوي ط ١ المطبعة العامرة الشريفة . مصر .
- ١٣٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت ٧٤٣ هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ط ٢ .
- ١٣٥- تحفة الفقهاء للسمرقندي ، أبي منصور محمد بن أحمد السمرقندي (ت ٥٤٠ هـ) تحقيق محمد المنتصر الكناني ، دمشق دار الفكر ١٣٨٤ هـ .
- ١٣٦- تنوير الأبصار وجامع البحار ، محمد بن عبد الله التمرتاشي (ت ١٠٠٤ هـ) مطبوع مع الدر المختار للحصكفي .
- ١٣٧- جامع الرموز - لشمس الدين محمد القهستاني ، مطبعة الحاج محرم أفندي - إستانبول ١٣٠٠ هـ .
- ١٣٨- جامع الفصولين (لابن قاضي سماونه) المطبعة الأزهرية (١٣٠٠ هـ) .
- ١٣٩- الجوهرة النيرة ، شرح مختصر القدوري ، الحداد ، أبو بكر بن علي بن محمد (ت ٨٠٠ هـ) إستانبول ، مطبعة محمود بك .
- ١٤٠- حاشية أحمد شلبي علي تبين الحقائق ، الشلبي ، أحمد بن محمد بن أحمد أبو العباس (١٠٢١ هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .
- ١٤١- حاشية سعد جلبي على العناية للبارقي ، سعدي جلبي - سعد الله بن عيسى بن أمير خان (ت ٩٤٥ هـ) مطبوع مع تكملة فتح القدير ، نسخة مصورة عن المطبعة الكبرى الأميرية مصر .
- ١٤٢- حاشية الشرنبلالي على درر الأحكام شرح غرر الأحكام ، الشرنبلالي - حسن بن عمار بن علي (ت ١٠٦٣ هـ) الآستانة مطبعة الشركة الصحافية العثمانية .
- ١٤٣- حاشية الطحطاوي على الدر المختار ، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي (ت ١٢٣١ هـ) القاهرة مطبعة بولاق (١٢٨٢ هـ) .
- ١٤٤- حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (ت ١٢٥٢ هـ) دار الطباعة العامرة (١٣٥٧ هـ) .
- ١٤٥- الدر المختار في شرح تنوير الأبصار ، محمد علاء الدين الحصكفي (ت ١٠٨٨ هـ) مطبعة محمد علي صبيح - ميدان الأزهر - مصر .
- ١٤٦- درر الأحكام في شرح غرر الأحكام ، محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو الحنفي (ت ٨٨٥ هـ) دار الخلافة العلية (مطبعة أحمد كامل ١٣٣٠ هـ) .
- ١٤٧- رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ، أبو محمد محمود العيني ، المطبعة الميمنية - مصر .
- ١٤٨- شرح صدر الشريعة على متن الوقاية ، صدر الشريعة الأصغر عبيد الله بن مسعود (ت ٧٤٧ هـ) مطبوع مع كشف الحقائق للأفغاني (المطبعة الأدبية القاهرة) .
- ١٤٩- شرح مصطفى الطائي على الكنز (كنز البيان مختصر توفيق الرحمن على متن الكنز) أبي عبد الله مصطفى بن محمد بن يونس بن النعمان الطائي مطبوع بهامش رمز الحقائق ، مطبعة محمد مصطفى (١٣١٢ هـ) .

- ١٥٠- العناية على الهداية (هامش فتح القدير) للبابرتي - أكمل الدين محمد بن محمود ، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق .
- ١٥١- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين ، القاهرة - المطبعة الكاستيلية (١٢٨٠ هـ) .
- ١٥٢- غمر عيون البصائر (للحموي) الحموي - أحمد بن محمد بن مكى شهاب الدين ، دار الطباعة العامة (١٢٩٠ هـ) .
- ١٥٣- غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام (حسن بن عمار الشرنبلالي (ت ١٠٩٦ هـ) . مطبوع مع درر الحكام .
- ١٥٤- الفتاوى البزازية ، تأليف محمد بن محمد شهاب الدين البزازي ، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية .
- ١٥٥- الفتاوى الخانية ، فخر الدين بن منصور الأوزجندی ، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية (جماعة من علماء الهند) دار إحياء التراث العربي بيروت .
- ١٥٦- فتاوى النوازل ، أبو الليث السمرقندي (٣٢٣ هـ) مطبعة شمس الأئمة حيدر آباد ، الهند .
- ١٥٧- فتح القدير لابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي بن الهمام (ت ٦٨١ هـ) شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٨٩ هـ) .
- ١٥٨- فتح الله المعين على من لا مسكين ، العلامة السيد محمد أبي السعود المصري الحنفي ، مطبعة إبراهيم الموباص (جمعية المعارف المصرية) (١٢٨٧ هـ) .
- ١٥٩- كشف الحقائق ، عبد الحكيم الأفغاني ، المطبعة الأدبية (١٣٢٢ هـ) .
- ١٦٠- لسان الحكام في معرفة الأحكام ، أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل محمد بن الشحنة (٨٨٢ هـ) مطبعة جريدة البرهان - الإسكندرية .
- ١٦١- المبسوط - شمس الدين السرخسي ، أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل (ت ٤٨٣ هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ط ١٣٩٨ هـ .
- ١٦٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي (١٠٧٨ هـ) المطبعة العثمانية ١٣٠٥ .
- ١٦٣- مجمع الضمانات لابن غانم ، أبي محمد بن غانم بن محمد (ت بعد ٢٠٧ هـ) المطبعة الخيرية (١٣٠٨ هـ) .
- ١٦٤- مختصر الطحاوي ، للطحاوي ، أحمد بن محمد بن سلامة ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، حيدرآباد الدكن ١٣٧٠ هـ .
- ١٦٥- منحة الخالق على البحر الرائق ، لابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ) مطبوع بهامش البحر الرائق - دار المعرفة بيروت .
- ١٦٦- الهداية شرح بداية المبتدي ، برهان الدين علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني (ت ٢٩٣ هـ) مطبعة محمد علي ضبيح الأزهر .

١٦٧- واقعات المفتين ، الشيخ عبد القادر بن يوسف الشهير بقدرى أفندي ط ١ بولاق . ١٣٠٠ هـ .

الفقه المالكي :

١٦٨- الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج ، أحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور (ت ٩٣٥ هـ) .

١٦٩- أسهل المدارك ، أبو بكر بن حسن الكشناوي ط ١ ، عيسى البابي الحلبي ، مصر .

١٧٠- الإشراف على مسائل الخلاف ، لعبد الوهاب البغدادي (ت ٤٢٢ هـ) القاهرة مطبعة الإرادة .

١٧١- أصول الفتيا ، أبو عبد الله محمد بن حارث الخشني ، تقديم وتحقيق محمد أبو الأجنان ، محمد المجذوب ، مطبوعة على الاستنسل .

١٧٢- بداية المجتهد ، محمد بن أحمد بن محمد أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥ هـ) ط ٣ مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٩ هـ .

١٧٣- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ، أحمد بن محمد الصاوي ، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٢ هـ) .

١٧٤- البهجة في شرح التحفة للتسولي - علي بن عبد السلام التسولي (ت ١٣٥٦ هـ) بيروت دار الفكر .

١٧٥- التاج والإكليل لمختصر خليل - لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .

١٧٦- جامع الأصول والمعاني شرح مختصر خليل ، عبد الباقي الزرقاني ، دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ .

١٧٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠ هـ) تحقيق محمد عlish ، دار الفكر بيروت .

١٧٨- حاشية العدوي على الخرشي على مختصر خليل ، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (١١٨٩ هـ) ط ٢ - المطبعة الكبرى الأميرية مصر ١٣١٧ هـ .

١٧٩- حاشية محمد كنون على الزرقاني ، مطبوع مع حاشية الرهوني على خليل الطبعة الأولى ، بولاق .

١٨٠- حلي المعاصم ، للتاودي - محمد بن الطالب بن علي بن سورة (ت ٢٠٩ هـ) .

١٨١- الخرشي على مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد الخرشي (ت ١١٠١ هـ) ط ٢ - المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٧ هـ .

١٨٢- سراج السالك شرح أسهل المدارك ، عثمان بن حسنين بري الجعلي مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر .

١٨٣- شرح التنوخي على رسالة ابن أبي زيد ، قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي (ت ٨٣٧ هـ) المطبعة الجمالية مصر ١٣٣٢ .

١٨٤- شرح زروق على رسالة ابن أبي زيد ، أحمد بن أحمد بن عيسى البرنسي (ت ٨٩٩ هـ) المطبعة الجمالية مصر (١٣٣٢ هـ) .

١٨٥- الشرح الصغير على أقرب المسالك ، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (١٢٠١ هـ) مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٢ هـ .

- ١٨٦- الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ، مطبوع مع حاشية الدسوقي .
- ١٨٧- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، أبي عبد الله محمد أحمد عيش (١٢٩٩ هـ) شركة ومطبعة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي .
- ١٨٨- الفجر المنير على مجموع الأمير ، محمد بن محمد بن أحمد بن عبد القادر (١٢٣٢ هـ) مطبعة مصر الخيرية (١٣٣٢) .
- ١٨٩- الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني ، النغراوي - أحمد بن غنيم بن سالم (ت ١١٢٥ هـ) بيروت دار الفكر .
- ١٩٠- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت ٧٤١ هـ) دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٤ م .
- ١٩١- مقدمات ابن رشد ، محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٢٠ هـ) مطبوع مع المدونة . دار الفكر بيروت .
- ١٩٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي (ت ٤٦٣ هـ) ط ١ مكتبة الرياض الحديثة .
- ١٩٣- مختصر خليل ، خليل بن إسحاق ، دار إحياء الكتب العربية . مصر .
- ١٩٤- المدونة - للإمام مالك ، طبعة دار الفكر بيروت .
- ١٩٥- فتح الجليل على مختصر خليل ، محمد عيش ، طرابلس ، ليبيا ، مكتبة النجاح .
- ١٩٦- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الخطاب (ت ٩٥٤ هـ) ، طرابلس - ليبيا مكتبة النجاح .

ج - الفقه الشافعي :

- ١٩٧- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١ هـ) الطبعة الأميرية (١٣٧٨ هـ) شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- ١٩٨- إعانة الطالبين ، أبو بكر بن همد بن شطا البكري ، دار إحياء الكتب العربية .
- ١٩٩- الإقناع للماوردي ، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠ هـ) دار العروبة الكويت .
- ٢٠٠- الأم ، للإمام الشافعي - أبي عبد الله محمد بن إدريس (ت ٢٠٤ هـ) طبعة بولاق ، المطبعة الكبرى الأميرية .
- ٢٠١- الأنوار لأعمال الأبرار - يوسف الأردبيلي (ت ٧٩٩ هـ) مؤسسة الحلبي الطبعة الأخيرة القاهرة ١٣٨٩ هـ .
- ٢٠٢- تحفة الحبيب على شرح الخطيب على الإقناع للشربيني ، سليمان البجيرمي ، الطبعة الأميرية مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ١٣٧٠ هـ .
- ٢٠٣- تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ، دار صادر بيروت .

- ٢٠٤- التنبيه في الفقه ، أبو إسحاق الشيرازي ، دار الكتب العربية مصر .
- ٢٠٥- حاشية الإمامين ، قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين .
- عميره البرلسي - شهاب الدين أحمد البرلسي (ت ٩٥٧ هـ) المطبعة العامرة - القاهرة ١٢٩٤ هـ .
- ٢٠٦- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي (١٢٢١ هـ) المكتبة الإسلامية محمد الزدмир ديار بكر تركيا .
- ٢٠٧- حاشية الجمل على شرح المنهج (فتوحات الوهاب) سليمان الجمل (ت ١٢٠٤ هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ٢٠٨- حاشية الرملي الكبير على شرح روض الطالب ، لأبي العباس أحمد بن حمزة الرملي الشافعي المصري (ت ٩٥٧ هـ) المكتبة الإسلامية .
- ٢٠٩- حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج بدر الدين علي بن علي الشبراملسي (ت ١٠٨٧ هـ) القاهرة - المكتبة الإسلامية .
- ٢١٠- حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ، عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي (١٢٢٧ هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .
- ٢١١- حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ، دار صادر بيروت .
- ٢١٢- حلية العلماء - الشاش القفال ، سيف الدين أبي بكر ٥٠٧ هـ ، مؤسسة الرسالة بيروت ودار الأرقام عمان .
- ٢١٣- روضة الطالبين - لابن زكريا يحيى بن شرف بن مري يحيى الدين أبو زكريا (٥٦٧٦) بيروت المكتب الإسلامي ١٣٩٥ هـ .
- ٢١٤- السراج الوهاج على متن المنهاج - محمد الزهري الغمراوي ، المطبعة الحلبية مصر ١٣٨٣ هـ .
- ٢١٥- شرح روض الطالب من أسنى المطالب ، لأبي يحيى زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦ هـ) المكتبة الإسلامية .
- ٢١٦- شرح غاية البيان ، شمس الدين الرملي محمد بن أحمد بن حمزة . القاهرة المطبعة اليمنية (١٣٠٥ هـ) .
- ٢١٧- شرح منهج الطلاب زكريا الأنصاري (٩٢٦ هـ) المكتبة الإسلامية .
- ٢١٨- الغاية القصوى في دراية الفتوى ، لعبد الله بن عمر البيضاوي ، (ت ٦٨٥ هـ) دار الإصلاح للطباعة والنشر الدمام .
- ٢١٩- فتح الجواد شرح الإرشاد - أبو العباس أحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمي الشافعي . ط ٢ عيسى البابي الحلبي ١٣٩١ هـ .
- ٢٢٠- فتح العزيز شرح الوجيز - أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي (ت ٦٢٣ هـ) القاهرة - المكتبة السلفية .
- ٢٢١- فتح العلام بشرح مرشد الأنام ، السيد محمد عبد الله الجراوني حلب مكتبة الشعب .

- ٢٢٢- فتح المعين بشرح قررة العين - للمليباري ، زين الدين بن عبد العزيز المليباري (ت ٩٢٨ هـ)
دار إحياء الكتب العربية .
- ٢٢٣- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - أبو زكريا الأنصاري ، دار إحياء الكتب العربية مصر .
- ٢٢٤- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تقي الدين أبو بكر محمد الحسيني الحصني الدمشقي
الشافعي دار إحياء الكتب العربية .
- ٢٢٥- المجموع شرح المذهب ، النووي - يحيى بن شرف بن مري (٦٧٦ هـ) القاهرة - زكريا
على يوسف .
- ٢٢٦- مختصر المزني لإسماعيل بن يحيى المزني ت ٢٦٤ هـ مطبوع بهامش كتاب الأم طبعة بولاق ، المطبعة
الكبرى الأميرية .
- ٢٢٧- مغني المحتاج - للشرييني ، محمد الشرييني الخطيب ، مطبعة الاستقامة القاهرة .
- ٢٢٨- المذهب - لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ) المكتبة ومطبعة
عيسى البابي الحلبي ، ط ٢ - ١٣٧٩ هـ .
- ٢٢٩- نهاية المحتاج في شرح المنهاج ، محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، المكتبة الإسلامية .
- ٢٣٠- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ هـ) مطبعة
محمد أفندي مصطفى ١٣١٨ هـ .

د . الفقه الحنبلي :

- ٢٣١- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، أبو العباس علي بن محمد بن عباس
(ت ٨٠٣ هـ) مطبعة السنة المحمدية (١٣٦٩ هـ) .
- ٢٣٢- الإقناع في فقه الإمام أحمد - للحجاوي ، شرف الدين موسى الحجاوي (ت ٩٦٨ هـ)
المطبعة المصرية الأزهر .
- ٢٣٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علي بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥ هـ) ط ١
مطبعة السنة المحمدية القاهرة ١٣٧٧ .
- ٢٣٤- التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ، لأحمد بن أحمد العلوي الشويكي المقدسي (ت
٩٣٩ هـ) مطبعة السنة المحمدية ١٣٧١ هـ .
- ٢٣٥- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، عبد الرحمن محمد بن قاسم الرياض ، المطابع الأهلية
للأوفست ١٣٩٧ هـ .
- ٢٣٦- حاشية المقنع ، سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب ، المطبعة السلفية ومكتبها .
- ٢٣٧- الدرر السنية في الأجوبة النجدية ، جمع عبد الرحمن بن قاسم . ط ٢ من مطبوعات دار الإفتاء ،
المملكة العربية السعودية ١٣٨٥ هـ .

- ٢٣٨ - دليل الطالب ، مرعي بن يوسف أبي بكر (ت ١٠٣٣ هـ) منشورات المكتبة الإسلامية (١٣٩٩ هـ) .
- ٢٣٩ - الروض المربع شرح زاد المستقنع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) .
- ٢٤٠ - زاد المعاد في هدي خير العباد ، لابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر الزرعي (٧٥١ هـ) المطبعة المصرية ١٣٧٩ هـ .
- ٢٤١ - شرح منتهى الإرادات - للبهوتي بن يونس بن صلاح الدين (ت ١٠٥١ هـ) مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ .
- ٢٤٢ - العدة في شرح العمدة في فقه الإمام أحمد . بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (ت ٦٢٤ هـ) مكتبة الرياض الحديثة الرياض .
- ٢٤٣ - العقود لابن تيمية ، تقي الدين مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ .
- ٢٤٤ - العمدة في الفقه - بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (٦٢٤ هـ) مكتبة الرياض الحديثة .
- ٢٤٥ - غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى . مرعي بن يوسف الحنبلي (ت ١٠٣٣ هـ) منشورات مؤسسة دار السلام .
- ٢٤٦ - الفتاوى الكبرى - ابن تيمية - أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام تقي الدين (ت ٧٢٨ هـ) دار المعرفة بيروت لبنان .
- ٢٤٧ - الفروع ، لابن مفلح - عبد الله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ) ط ٢ دار مصر للطباعة ١٣٨١ هـ .
- ٢٤٨ - الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ، أحمد بن محمد المنقور التيمي النجدي ط ١ - دمشق ١٣٨٠ هـ .
- ٢٤٩ - القواعد لابن رجب - أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥ هـ) ط ١ مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٢ .
- ٢٥٠ - الكافي في فقه الإمام أحمد ، لابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي ، ط ١ المكتبة الإسلامية دمشق .
- ٢٥١ - كشف القناع عن متن الإقناع - للبهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٤٦ هـ) مكتبة النصر الرياض .
- ٢٥٢ - المبدع في شرح المقنع - ابن مفلح ، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن محمد بن مفلح (٨٨٤ هـ) دمشق المكتب الإسلامي ١٣٩٩ هـ .
- ٢٥٣ - مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ، أحمد بن عبد السلام بن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن القاسم ، مطابع الرياض .

- ٢٥٤ - المحرر في الفقه - مجد الدين أبي البركات بن تيمية (ت ٩٥٢ هـ) مطبعة السنة المحمدية مصر .
- ٢٥٥ - المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد . لابن الجوزي / يوسف بن عبد الرحمن بن علي محيي الدين أبو المحاسن (ت ٦٥٦ هـ) طبعة بومباي ١٣٧٨ هـ .
- ٢٥٦ - مسائل الإمام أحمد (رواية ابنه عبد الله) أبي عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن محمد بن حنبل (٢٩٠ هـ) تحقيق زهير الشاويش ط ١ سنة ١٤٠١ هـ ، المكتب الإسلامي بيروت .
- ٢٥٧ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، حسن بن عمر الشطي (ت ١٢٤٣ هـ) منشورات المكتب الإسلامي دمشق ط ١ (١٣٨١ هـ) .
- ٢٥٨ - المغني لابن قدامة ، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) مكتبة الجمهورية العربية ، القاهرة بولاق .
- ٢٥٩ - مغني ذو الإفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام ، يوسف بن عبد الهادي المقدسي (ت ٩٠٩ هـ) مطبعة السنة المحمدية ١٣٩١ هـ .
- ٢٦٠ - المقنع ، لابن قدامة ، موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) المطبعة السلفية .
- ٢٦١ - منار السبيل في شرح الدليل - إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ط ١ ، المطبعة الهاشمية دمشق (١٣٥٣ هـ) .
- ٢٦٢ - منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزياداته - ابن النجار تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة .
- ٢٦٣ - النكت والفوائد السنينة على مشكل المحرر ، لشمس الدين بن مفلح الحنبلي ، ٧٦٣ هـ ، مطبوع بهامش المحرر مطبعة السنة المحمدية .
- ٢٦٤ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، عبد القادر الشيباني ، مطبعة محمد علي صبيح ميدان الأزهر ، مصر .
- ٢٦٥ - هداية الراغب بشرح عمدة الطالب ، عثمان بن أحمد النجدي الحنبلي (ت ١١٠ هـ) تحقيق حسنين محمد مخلوف ، مطبعة المدني ، القاهرة .

هـ - فقه المذاهب الأخرى :

- ٢٦٦ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار أحمد بن يحيى بن المرتضي (٨٤٠ هـ) مؤسسة الرسالة ١٣٩٤ هـ بيروت .
- ٢٦٧ - المحلى ، لابن حزم / علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦ هـ) القاهرة مكتبة الجمهورية العربية ، القاهرة ١٣٩٠ هـ .

كتب عامة :

- ٢٦٨ - الآداب الشرعية والمنح المرعية - لابن مفلح ، ابن مفلح المقدسي محمد بن محمد بن علي شمس الدين (ت ٧٦٣ هـ) القاهرة ، مطبعة المنار ١٣٤٩ هـ .
- ٢٦٩ - الإجماع لابن المنذر أبو بكر محمد بن منذر ، ط ١ دار طيبة للنشر ، الرياض .
- ٢٧٠ - أسباب العقد الموقوف ، للشيخ عبد الله الضالع ، رسالة ماجستير المعهد العالي للقضاء بالرياض .
- ٢٧١ - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، الشوكاني - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، تحقيق قاسم غالب أحمد . القاهرة - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ١٣٩٠ هـ .
- ٢٧٢ - عقد الزواج أركانه وشروط صحته . د. محمد رأفت عثمان ط ١ ، القاهرة .
- ٢٧٣ - العلاقات الاجتماعية ، د. بدران أبو العينين ، دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٨ م .
- ٢٧٤ - كشف الظنون ، رياض زاده ، عبد اللطيف بن محمد بن مصطفى (ت ١٠٧٨ هـ) القاهرة - مكتبة الخانجي (ت ١٣٩٧ هـ) .
- ٢٧٥ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٠ هـ .
- ٢٧٦ - معجم المطبوعات - العربية والمعرية حتى عام ١٣٣٩ هـ ، جمع وترتيب يوسف بن إلیاء ابن موسى سرکيس (١٣٥١ هـ) مطبعة سرکيس القاهرة ١٣٤٦ هـ .
- ٢٧٧ - الملل والنحل للشهرستاني ، محمد بن عبد الكريم بن أحمد أبو الفتح تصحيح وتعليق الأستاذ أحمد فهمي ط ١ ١٣٦٨ هـ .
- ٢٧٨ - نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، د. عبد الرزاق فرج دار النهضة العربية ، مصر .
- ٢٧٩ - نهاية الأرب في فنون الأدب ، أحمد بن عبد الوهاب النويري ، دار الكتب المصرية ١٩٤٩ هـ .
- ٢٨٠ - يتيمة الدهر في محاسن أهل العصر ، أبو منصور عبد الملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبي النيسابوري ت ٤٢٩ هـ ، تحقيق محمد علي الدين عبد الحميد . المكتبة التجارية ١٣٧٥ هـ .

خامسا : كتب التراجم والقبائل والتاريخ :

- ٢٨١ - أخبار أصبهان ، أحمد بن عبد الله بن أحمد أبو نعيم (ت ٤٣٠ هـ) ليدن مطبعة أبريل ١٩٣٤ م .
- ٢٨٢ - الاستبصار في نسب الصحابة من الأنصار ، ابن قدامة المقدسي عبد الله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠ هـ) تحقيق علي نويهض بيروت دار الفكر (١٣٩٢ هـ) .
- ٢٨٣ - الاستيعاب في معرفة الأصحاب - ابن عبد البر (٤٦٣ هـ) تحقيق علي محمد البجادي . مطبعة نهضة مصر القاهرة .

٢٨٤ - أسد الغابة في معرفة الصحابة ، ابن الأثير ، أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري (ت ٦٣٠ هـ) طبع جمعية المعارف المصرية .

٢٨٥ - الإصابة في تمييز الصحابة ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) مطبعة السعادة مصر .

٢٨٦ - الأعلام للزركلي ، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي (١٣٩٦ هـ) الطبعة الرابعة دار العلم للملايين بيروت .

٢٨٧ - أعلام النساء في عالمي العرب والإسلام ، عمر رضا كحالة ، دمشق المطبعة الهاشمية (١٣٣/٩) .

٢٨٨ - البداية والنهاية - لابن كثير ، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي (ت ٧٧٤ هـ) مطبعة السعادة القاهرة ١٣٤٨ هـ .

٢٨٩ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠ هـ) مطبعة السعادة ، القاهرة ط ١ ، ١٣٤٨ هـ .

٢٩٠ - البستان في ذكر الأوليات والعلماء بتلمسان ، أبو عبد الله محمد بن محمد الشريف الليثي بن مريم التلمساني (ت ١٠١٤ هـ) الجزائر المطبعة الثعالبية ١٣٢٦ هـ .

٢٩١ - تاج التراجم في طبقات الحنفية ، ابن قطلوبغا - قاسم بن قطلوبغا بن عبد الله (ت ٨٧٩ هـ) بغداد - مطبعة المثني (١٣٨٢ هـ) .

٢٩٢ - التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول ، أبو الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني البخاري (ت ١٣٠٨ هـ) المطبعة الهندية العربية ١٣٨٢ هـ .

٢٩٣ - تاريخ خليفة بن خياط (ت ٢٤٠ هـ) ، تحقيق د. أكرم ضياء العمري ط ٢ - ١٣٩٧ هـ .
٢٩٤ - تاريخ ابن معين ،

١ - رواية العباس بن محمد بن حاتم الدوري (ت ٢٧١ هـ) ، تحقيق د. أحمد محمد نور سيف .
٢ - رواية عثمان بن سعيد الدارمي ، تحقيق د. أحمد محمد نور سيف ، ويشار إليها بالاسم عند ذكرها ، دار المأمون للتراث .

٢٩٥ - التاريخ الكبير للبخاري . أبي عبد الله إسماعيل بن إبراهيم الحنفي البخاري (ت ٢٥٦ هـ) ط ٢ ، ١٣٨٤ هـ .

٢٩٦ - تذكرة الحفاظ للذهبي والذيل عليها ، للذهبي محمد بن أحمد بن عثمان بن فايحاز (ت ٧٤٨ هـ) تصحيح عبد الرحمن بن يحيى المعلمي ط ٤ ، دار إحياء التراث العربي .

٢٩٧ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى عياض اليحصبي السبتي (٥٤٤ هـ) تحقيق أحمد بكير محمود ، طبع دار مكتبة الحياة بيروت . ودار الفكر طرابلس .

- ٢٩٨ - تعجيل المنفعة لابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) دار الكتاب العربي بيروت .
- ٢٩٩ - تقريب التهذيب ، لابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد أبي الفضل (ت ٨٥٢ هـ) تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، دار الكتاب العربي ، مصر .
- ٣٠٠ - تهذيب التهذيب - لابن حجر العسقلاني - أحمد بن علي بن محمد (ت ٨٥٢ هـ) حيدرآباد مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية ١٣٢٧ هـ .
- ٣٠١ - تهذيب الكمال في أسماء الرجال - للمزي ، الحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي ، دار المأمون للتراث دمشق .
- ٣٠٢ - الثقات لابن حبان ، ابن حبان البستي - محمد بن حبان أحمد (ت ٣٥٤ هـ) . حيدرآباد الدكن - مجلس دائرة المعارف العثمانية ١٣٩٣ هـ .
- ٣٠٣ - الجرح والتعديل - لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس الرازي (٣٢٧ هـ) ط ١ سنة ١٣٦٠ هـ ، مطبعة جمعية دائرة المعارف العثمانية .
- ٣٠٤ - الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، عبد القادر بن محمد بن محمد بن أبي الوفاء ، حيدرآباد الدكن - مجلس دائرة المعارف النظامية ١٣٣٢ هـ .
- ٣٠٥ - خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر ، المحب - محمد أمين بن فضل الله بن محب الله المحب (ت ١١١١ هـ) المطبعة الوهبية مصر ١٢٨٤ هـ .
- ٣٠٦ - خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ، للخزرجي - أحمد بن عبد الله بن أبي الخير (ت بعد ٩٢٣ هـ) ط ٢ ، بيروت ، مكتبة المطبوعات الإسلامية (١٣٩١ هـ) .
- ٣٠٧ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، أحمد بن علي بن أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) دار الجيل بيروت .
- ٣٠٨ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون البصري المدني (ت ٧٩٩ هـ) مطبعة المعاهد مصر ط ١ .
- ٣٠٩ - الرياض النضرة في مناقب العشرة ، أحمد بن عبد الله بن محمد بن محب الدين الطبري (ت ٦٩٤ هـ) تصحيح محمد بدر الدين النعساني ، القاهرة - مكتبة الخانجي ١٣٢٧ هـ .
- ٣١٠ - سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر ، محمد خليل المرادي ، (١٢٠٦ هـ) المطبعة المنيرية ١٣٠١ هـ .
- ٣١١ - السيرة النبوية لابن كثير ، أبي الفداء إسماعيل بن كثير (ت ٧٧٤ هـ) تحقيق مصطفى عبد الواحد ، دار الفكر بيروت .
- ٣١٢ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية محمد بن محمد بن مخلوف (ت ١٣٦٠ هـ) الناشر دار الكتاب العربي بيروت .

- ٣١٣ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لأبي الفلاح عبد الحي ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩ هـ)
الناشر مكتبة القدس بالقاهرة (١٣٥١ هـ) .
- ٣١٤ - الضعفاء الصغير ، للبخاري - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم (ت ٢٥٦ هـ) تحقيق محمود إبراهيم زايد ، حلب دار الوعي ١٣٩٦ هـ .
- ٣١٥ - الضعفاء والمتروكين للنسائي ، النسائي ، أحمد بن علي بن شعيب (ت ٣٠٣ هـ) إدارة جماعة السنة ١٣٩٧ هـ .
- ٣١٦ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، السخاوي - محمد بن عبد الرحمن بن محمد شمس الدين أبو الخير (ت ٩٠٢ هـ) القاهرة مكتبة القدس ١٣٥٥ هـ .
- ٣١٧ - طبقات الحفاظ للسيوطي : جلال الدين عبد الرحمن (٩١١ هـ) تحقيق ، علي محمد عمر مطبعة الاستقلال الكبرى القاهرة ط ١ سنة ١٣٩٣ هـ .
- ٣١٨ - طبقات الحنابلة ، لأبي يعلى - القاضي أبي الحسن محمد بن أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء (ت ٥٢٦ هـ) مطبعة السنة المحمدية الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .
- ٣١٩ - الطبقات السنية في تراجم الحنفية . المولى تقي الدين بن عبد القادر التيمي الداري الغزي المصري (ت ١٠٠٥ هـ) تحقيق عبد الفتاح محمد أسعد . مطابع الأهرام التجارية القاهرة ١٣٩٠ هـ .
- ٣٢٠ - طبقات الشافعية الكبرى .. للسبكي أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (٧٧١ هـ) ط ١ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي .
- ٣٢١ - طبقات الشافعية لابن هداية الله : أبي بكر بن هداية الله الحسيني (ت ١٠١٤ هـ) .
- ٣٢٢ - طبقات الشعراء لأبي المعتز ، تحقيق عبد الستار أحمد فراج ، دار المعارف بمصر .
- ٣٢٣ - طبقات فحول الشعراء - للجمحي - محمد بن سلام بن عبد الله (ت ٢٣٢ هـ) شرح محمود محمد شاكر .
- ٣٢٤ - طبقات الفقهاء - الشيرازي - أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي (٤٧٦ هـ) تحقيق د. حسان عباس ، دار الرائد العربي بيروت ٧ ط ٢ - ١٤٠١ هـ .
- ٣٢٥ - طبقات الفقهاء ، طاش كبرى زاده ، ط ٢ الموصل العراق تعليق الحاج أحمد نبيل .
- ٣٢٦ - الطبقات الكبرى ، لابن سعد ، أبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع (٢٣٠ هـ) دار صادر للطباعة والنشر بيروت ١٣٧٧ هـ .
- ٣٢٧ - عجائب الآثار ، للجبرتي . عبد الرحمن بن الحسن بن إبراهيم بن حسن الجبرتي (ت ١٢٣٧ هـ) بيروت دار فارس للطباعة والنشر .
- ٣٢٨ - العقد المنظوم في ذكر أفاضل الروم ، ذيل للشقائق النعمانية مطبوع هامش ج ٢ من وفيات الأعيان ، مصر ١٣١٠ هـ .

- ٣٢٩ - الفتح المبين في طبقات الأصوليين - للشيخ عبد الله مصطفى المراغي ط ٢ ، ١٣٩٤ - محمد أمين وشركاه بيروت .
- ٣٣٠ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية - محمد عبد الحي بن محمد بن عبد الحلیم اللكنوي (ت ١٣٠٤ هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .
- ٣٣١ - الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة لأبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (ت ٧٤٨ هـ) ، ط ١ ، ١٣٩٢ دار نصر للطباعة القاهرة .
- ٣٣٢ - الكواكب السائرة بمناقب أعيان المائة العاشرة ، الغزي - محمد بن محمد بن محمد أبو المكارم (ت ١٠٦١ هـ) تحقيق محمد أحمد الدهان .
- ٣٣٣ - لسان الميزان لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) ط ٢ ، ١٣٩٠ هـ . منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات .
- ٣٣٤ - المجروحين من المحدثين ، للإمام الحافظ محمد بن حبان بن أحمد بن أبي حاتم التميمي البستي (ت ١٣٥٤ هـ) الطبعة الأولى المطبعة العزيزة بالهند ١٣٩٢ هـ .
- ٣٣٥ - معجم البلدان ، أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي البغدادي (ت ٦٢٦ هـ) دار صادر للطباعة والنشر بيروت .
- ٣٣٦ - معجم القبائل العربية القديمة والحديثة ، عمر رضا كحالة - دار العلم للملايين بيروت ط ٢ ، ١٣٨٨ هـ .
- ٣٣٧ - مناقب الإمام أحمد ، عبد الرحمن بن علي بن الجوزي (ت ٥٩٧ هـ) مكتبة الخانجي مصر ١٣٩٩ هـ .
- ٣٣٨ - مناقب الإمام أبي حنيفة - للذهبي (ت ٧٤٨ هـ) عبد الله بن محمد بن أحمد الذهبي ، طبع دار الكتاب العربي مصر .
- ٣٣٩ - ميزان الاعتدال ، الذهبي (٧٤٨ هـ) عبد الله بن محمد بن أحمد الذهبي ، دار إحياء التراث العربي ، مصر .
- ٣٤٠ - النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي (٨٧٤ هـ) المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والنشر .
- ٣٤١ - نزهة الألباء في طبقات الأدباء . عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله الأنباري (ت ٥٧٧ هـ) دار النهضة مصر ١٣٨٦ هـ .
- ٣٤٢ - نيل الابتهاج بتطريز الديباج مطبوع بهامش الديباج المذهب أحمد بابا بن أحمد التنبكتي ، مكتبة عباس بن شقرون (١٣٥١ هـ) .
- ٣٤٣ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان - لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (٦٠٨ - ٦٨١ هـ) تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد . مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - ط ١ ، ١٣٦٧ هـ .

سادسا : كتب اللغة :

- ٣٤٤ - أساس البلاغة للزمخشري ، محمود بن عمر بن محمد بن جار الله (ت ٥٣٨ هـ) بيروت دار صادر ١٣٨٥ .
- ٣٤٥ - الإشارات إلى بيان الأسماء المبهمة ، يحيى بن شرف بن مري النووي (ت ٦٧٦ هـ) لاهور المطبعة الدخانية .
- ٣٤٦ - الاشتقاق لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد (ت ٣٢١ هـ) تحقيق عبد السلام هارون . مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٨ - ١٩٥٨ م مصر .
- ٣٤٧ - الأفعال - أبو القاسم علي بن جعفر السعدي اللغوي المعروف بابن القطاع (٥١٥٥ هـ) الطبعة الأولى دائرة المعارف العثمانية حيدرآباد العثمانية ١٣٦٠ هـ .
- ٣٤٨ - تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد مرتضى الزبيدي (ت ١٢٠٥ هـ) المطبعة الخيرية - القاهرة .
- ٣٤٩ - التعريفات : أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني ، المعروف بالسيد الشريف (ت ٨١٦ هـ) الدار التونسية للنشر ١٩٧١ م . المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية .
- ٣٥٠ - تفسير غريب الحديث : لابن حجر أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) مطبعة الإمام القاهرة الناشر زكريا يوسف .
- ٣٥١ - التكملة والذيل والصلة ، الحسن بن محمد بن الحسن الصغاني (ت ٦٥٠ هـ) مطبعة دار الكتب مصر ١٣٩٧ هـ .
- ٣٥٢ - تهذيب الأسماء واللغات للنووي ، النووي - يحيى بن شرف بن مري (ت ٦٧٦ هـ) بيروت إدارة الطباعة المنيرية .
- ٣٥٣ - تهذيب اللغة ، أبو منصور - محمد بن أحمد الأزهرى (ت ٣٧٠ هـ) تحقيق محمد علي النجار . الدار المصرية للتأليف والترجمة .
- ٣٥٤ - الشعر والشعراء لابن قتيبة ، أبي محمد بن عبد الله بن مسلم بن قتيبة ، نشر وتوزيع دار الثقافة بيروت .
- ٣٥٥ - الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، إسماعيل بن حماد الجوهري تحقيق أحمد عبد الغفور عطار بيروت ط ٢ ، ١٣٩٩ هـ .
- ٣٥٦ - القاموس المحيط ، محب الدين بن يعقوب بن محمد محب الدين أبو طاهر الفيروزآبادي (ت ٨١٧ هـ) - ط ٤ مطبعة دار المأمون مصر ١٣٥٧ هـ .
- ٣٥٧ - الكليات - لأبي البقاء ، أيوب بن موسى ت ١٠٩٥ هـ القاهرة ، الطبعة العامة ١٢٨٧ هـ .
- ٣٥٨ - لسان العرب - لابن منظور ، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت ٧١١ هـ) الطبعة الأولى بولاق ، مصر ١٣٠٠ هـ .

٣٥٩ - المحكم والمحيط الأعظم ، علي بن إسماعيل بن سيده . (ت ٤٥٨ هـ) الطبعة الأولى ، ١٣٧٧ هـ ، الطبعة الحلبية .

٣٦٠ - المساعد على تسهيل الفوائد ، بهاء الدين عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي الفتح بن عقيل (ت ٧٦٩ هـ) تحقيق محمد كامل بركات . طباعة دار الفكر بدمشق ١٤٠٠ هـ .

٣٦١ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، الفيومي محمد بن محمد بن علي الفيومي (ت ٧٧٠ هـ) الطبعة الحلبية مصر .

٣٦٢ - المطلع على أبواب المقنع ، محمد بن أبي الفتح البعلي (ت ٧٠٩ هـ) ط / المكتب الإسلامي دمشق .

٣٦٣ - معجم مقاييس اللغة ، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا . (ت ٣٩٥ هـ) تحقيق عبد السلام هارون . ط ١ - عيسى البابي الحلبي القاهرة ١٣٠٨ هـ .

٣٦٤ - المعجم الوسيط ، أخرجه جماعة من المسلمين المعاصرين وأشرف على طبعه عبد السلام هارون ، مجمع اللغة العربية .

٣٦٥ - المغرب في ترتيب المغرب ، أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي (ت ٦١٦ هـ) ط ١ ، حيدرآباد الدكن الهند ١٣٤٨ هـ .

٣٦٦ - النظم المستعذب في شرح غريب المذهب ، ابن بطلال ، محمد بن بطلال . مطبوع بهامش المذهب للشيرازي ١٣٧٩ هـ .

سابعا : الدوريات :

مجلة القانون والاقتصاد عدد ١ - ٢ ، ١٩٥٥ م ، مقال د. محمد زكي عبد البر بعنوان « العقد الموقوف » .

ثامنا : المخطوطات :

٣٦٧ - الأشباه والنظائر ، لابن الملقن ، فيلم رقم ٦٦٠٩ ، مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض . قسم المخطوطات .

٣٦٨ - الأشباه والنظائر لابن الوكيل . فيلم رقم ٣٢٢٨ ، مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عمادة شؤون المكتبات ورقة رقم ٩٤ قسم المخطوطات .

٣٦٩ - التحقيق الباهر - محمد التاجي ، رقم ١٢٢٤ ، مكتبة جامعة الإمام - قسم المخطوطات الرياض .

٣٧٠ - التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ، فيلم تحت رقم ٦٥٩٩ المكتبة المركزية لجامعة الإمام محمد بن سعود الرياض قسم المخطوطات .

- ٣٧١ - تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، المركزية ، جامعة الإمام محمد بن سعود رقم الفيلم ٨٧١٥
قسم المخطوطات عمادة شؤون المكتبات الرياض .
- ٣٧٢ - التعريفات لابن عرفة ، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٢١٥١٧ .
- ٣٧٣ - التعريفات من لا مسكين ، محمد معين الدين تحت رقم ٢١٥١٧ دار الكتب المصرية .
- ٣٧٤ - الحواشي الظهيرية على الهداية ، ظهر الدين محمد بن أحمد بن عمر (ت ٦١٩ هـ) تحت رقم ٧٥٠ هـ .
- ٣٧٥ - المحرر للرافعي : أبي القاسم محمد الرافعي (٦٦٣ هـ) فيلم بالمكتبة المركزية لجامعة الإمام
رقم ٨١٢٦ قسم المخطوطات .
- ٣٧٦ - ذخيرة الفتاوى المشهور (بالذخيرة البرهانية) للمرغيناني (ت ٦١٦ هـ) مخطوط رقم
١٩٦٢ مكتبة الأزهر .
- ٣٧٧ - الرعاية الكبرى ، لابن حمدان ، فيلم جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية رقم ٣٤٥١ ،
قسم المخطوطات عمادة شؤون المكتبات - الرياض .
- ٣٧٨ - السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة ، محمد بن عبد الله بن علي الحنبلي (ت ١٢٩٥ هـ) .
مخطوط بعمادة شؤون المكتبات رقم ٤٩٥١ ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض .
- ٣٧٩ - الشامل في فروع فقه المالكية ، بهرام عبد الله الدميري ، فيلم رقم ١٤ مركز البحوث العلمي ،
جامعة أم القرى عن النسخة المصورة عن الرباط رقم ٤٠٦ .
- ٣٨٠ - غاية البيان شرح الهداية ، قوام الدين أمير كاتب بن أمير علي (ت ٧٥٨ هـ) مخطوط دار
الكتب الوطنية رقم ٢٧٦ .
- ٣٨١ - الفروق للمحبوبي . فيلم جامعة الإمام محمد بن سعود . تحت رقم ٥٦١ قسم المخطوطات -
عمادة شؤون المكتبات - الرياض .
- ٣٨٢ - المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، للمرغيناني ، مخطوط دار الكتب المصرية رقم ٤٨٢ .
- ٣٨٣ - المستصفي للنسفي ، مخطوط رقم ١٦٢٥ مكتبة الأزهر .
- ٣٨٤ - مقدمات ابن رشد ، مخطوط بدار الكتب الوطنية بتونس رقم ١٢١٠٠ .
- ٣٨٥ - نهاية المطلب لإمام الحرمين ، فيلم رقم ٢٤٦١ جامعة الإمام محمد بن سعود ، قسم المخطوطات
عمادة شؤون المكتبات . المكتبة المركزية الرياض .
- ٣٨٦ - النهر الفائق شرح كنز الدقائق ، مخطوط بالمكتبة المركزية ، جامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية رقم ١٨٨ قسم المخطوطات . الرياض .

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	تقديم لمعالي مدير الجامعة .
٥	المقدمة .
٩ - ٣٤	التمهيد .
٩	المبحث الأول : في التعريف بالعقد والتصرف .
٢٢	المبحث الثاني : طبيعة التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي .
٣٥ - ١٩٥	الباب الأول
٣٥	التصرفات العقدية الموقوفة
٣٧ - ٧٨	الفصل الأول : في عقد الفضولي .
٣٧	المبحث الأول : في تعريف الفضولي عند الفقهاء .
٣٨	المبحث الثاني : في آراء الفقهاء في عقد الفضولي .
٦٨	المبحث الثالث : شروط وقف عقد الفضولي عند القائلين به .
٧٩ - ٩٤	الفصل الثاني : في عقد الصبي المميز بدون إذن وليه .
٧٩	المبحث الأول : في التعريف بالصبي المميز .
٨٠	المبحث الثاني : في آراء الفقهاء في عقد الصبي بدون إذن وليه .
٩٥ - ١٢٤	الفصل الثالث : في عقد السفه .
٩٥	المبحث الأول : في التعريف بالسفيه .
٩٧	المبحث الثاني : حكم الحجر على السفه .
	المبحث الثالث : آراء الفقهاء في عقد السفه بعد الحجر عليه
١١٨	بدون إذن وليه .

الموضوع	الصفحة
الفصل الرابع : في عقد المريض .	١٢٥ - ١٣٦
المبحث الأول : في التعريف بالمريض .	١٢٥
المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد المريض .	١٢٧
الفصل الخامس : في بيع الراهن الرهن بعد القبض لغير المرتهن ، وبدون إذنه .	١٣٧ - ١٤٦
المبحث الأول : في التعريف بالرهن والراهن والمرتحن والرهن في اللغة وعند الفقهاء .	١٣٧
المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع الراهن الرهن بعد القبض .	١٣٨
الفصل السادس : بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه .	١٤٧ - ١٥٤
المبحث الأول : التعريف بالمؤجر والمستأجر .	١٤٧
المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع المؤجر العين المستأجرة لغير المستأجر وبدون إذنه .	١٤٧
الفصل السابع : في بيع الغاصب العين المغصوبة .	١٥٥ - ١٦٠
المبحث الأول : التعريف بالغاصب .	١٥٥
المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع الغاصب العين المغصوبة .	١٥٦
الفصل الثامن : في عقد المكره .	١٦١ - ١٧٠
المبحث الأول : التعريف بالمكره .	١٦١
المبحث الثاني : آراء العلماء في حكم عقد المكره .	١٦١
الفصل التاسع : في بيع العبد الجاني .	١٧١ - ١٧٦
المبحث الأول : التعريف بالعبد الجاني .	١٧١
المبحث الثاني : آراء الفقهاء في بيع العبد الجاني .	١٧٢
الفصل العاشر : في عقد المرتد .	١٧٧ - ١٨٨
المبحث الأول : التعريف بالمرتد .	١٧٧

١٧٨	المبحث الثاني : آراء الفقهاء في حكم أملاك المرتد وحكم تصرفاته العقدية .
١٨٩ - ١٩٥	الفصل الحادي عشر : في عقد الرقيق غير المأذون .
١٨٩	المبحث الأول : المراد بالرقيق غير المأذون .
١٩٠	المبحث الثاني : آراء الفقهاء في عقد الرقيق غير المأذون له .
١٩٧	الباب الثاني
١٩٩	التصرفات غير العقدية
١٩٩	* شروط صحة التعليق :
٢١٧ - ٢٧٩	الفصل الأول : في العبادات ، ويتكون من خمسة مباحث :
٢١٧	المبحث الأول : في الصلاة وهو من ستة مطالب :
٢١٧	المطلب الأول : الصلاة في الدار المغصوبة .
٢٢٩	المطلب الثاني : الصلاة بالنجاسة نسيانا .
٢٣٩	المطلب الثالث : في صلاة الفريضة حال كون المصلي ذا كراهة .
٢٤٩	المطلب الرابع : في ركوع المقتدي قبل إمامه .
٢٥٢	المطلب الخامس : في قيام المصلي في الصلاة الرباعية إلى خامسة عمدا .
٢٥٣	المطلب السادس : في صلاة الحاج صلاة المغرب قبل وصوله إلى المزدلفة .
٢٥٩	المبحث الثاني : في الصيام ، وفيه ثلاثة مطالب :
٢٥٩	المطلب الأول : في صيام وصلاة المرأة إذا انقطع دم حيضها قبل كمال العادة .
٢٦١	المطلب الثاني : في صيام وصلاة المرأة إذا جاوز الدم عادتھا .

	المطلب الثالث : في صيام الزوجة بغير إذن زوجها والعبد والأمة بغير إذن سيدهما تطوعا .	٢٦٤
	المبحث الثالث : في اعتكاف الزوجة والعبد والأمة .	٢٦٦
	المبحث الرابع : في تصرف مالك النصاب إذا قدم الزكاة على الحول .	٢٦٧
	المبحث الخامس : في الحج . وفيه خمسة مطالب :	٢٧١
	المطلب الأول : في إحرام المرأة بحجة الإسلام بغير إذن الزوج .	٢٧١
	المطلب الثاني : في إحرام المرأة تطوعا بغير إذن الزوج .	٢٧٣
	المطلب الثالث : إحرام الصبي المميز بغير إذن وليه .	٢٧٤
	المطلب الرابع : في إحرام الرقيق بالحج تطوعا بغير إذن المولى .	٢٧٦
	المطلب الخامس : في إهلال الرجل بالحج على الإبهام ممن أمراه .	٢٧٨
٣٥٨ - ٢٨١	الفصل الثاني : في المعاملات المالية :	
	وهو يتكون من ثلاثة عشر مبحثا :	
	المبحث الأول : في تصرفات الفضولي غير العقدية .	٢٨١
	المبحث الثاني : في تبرع المرأة المتزوجة بماله .	٢٨٥
	المبحث الثالث : حكم تصرف المدين بعد الحجر عليه .	٢٩٦
	المبحث الرابع : في تصرفات المدين غير العقدية قبل الحجر عليه إذا كان الدين محيطا بماله .	٣٠٩
	المبحث الخامس : الإبراء وحكم توقيفه على القبول .	٣١٦
	المبحث السادس : في حكم تصرف الملتقط باللقطة إذا جاء صاحبها .	٣٢١

الموضوع	الصفحة
المبحث السابع : في عتق الجنين .	٣٢٦
المبحث الثامن : الوصية للوارث .	٣٢٩
المبحث التاسع : الوصية لغير وارث بأكثر من الثلث .	٣٣٢
المبحث العاشر : الوصية لعبده بمعين من ماله .	٣٣٦
المبحث الحادي عشر : الوصية لعبد وارثه .	٣٤٠
المبحث الثاني عشر : الوصية لقاتل الموصي خطأ بثلاث ماله .	٣٤٢
المبحث الثالث عشر : تصرفات المريض غير العقدية .	٣٤٩
الفصل الثالث : في نظام الأسرة وهو يتكون من سبعة مباحث :	٣٥٩ - ٤٦٦
المبحث الأول : في ولاية المرأة المكلفة على نفسها .	٣٥٩
المبحث الثاني : تزويج الولي المرأة البالغة العاقلة بغير رضاها .	٣٩١
المبحث الثالث : في مراجعة الزوج لزوجته بالقول في عدتها	
من طلاق له فيه حق الرجعة .	٤٠٦
المبحث الرابع : في قدوم المفقود وقد طلق القاضي عليه امرأته	
بعد أن طلبت ذلك وتزوجت .	٤١٧
المبحث الخامس : إسلام أحد الزوجين قبل الآخر بعد الدخول .	٤٢٥
المبحث السادس : في ارتداد أحد الزوجين بعد عقد النكاح	
والدخول .	٤٥٥
المبحث السابع : في ارتداد الزوجين معا بعد الدخول .	٤٦٢
الفصل الرابع : في الجنايات . ويتكون من مبحثين :	٤٦٧ - ٤٧٨
المبحث الأول : عفو المقتول خطأ عن الدية .	٤٦٧
المبحث الثاني : العفو عن الجرح والقطع وسرايتهما .	٤٧٣

الموضوع	الصفحة
الخاتمة :	٤٧٩
الفهارس :	٤٩٣
فهرس الآيات القرآنية .	٥٠٠ - ٤٩٥
فهرس الأحاديث والآثار .	٥٠٥ - ٥٠١
فهرس الأعلام .	٥٢٤ - ٥٠٦
فهرس المراجع .	٥٤٨ - ٥٢٥
فهرس الموضوعات .	٥٥٣ - ٥٤٩

رقم الإيداع ٣٧٤٧/١٩٩٣م

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٦ ، ٢ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
عمادة البحث العلمي
سلسلة نشر الرسائل الجامعية

- ١٢ -



التصريف الموقوف الخيرية الإسلامية

تأليف

الدكتور عبد بن عبد الواحد بن عبد الكريم بن خميس

الأستاذ المساعد في كلية الشريعة في الرياض

طبع على نفقة صاحب السمو الملكي

الأمير سلطان بن عبد العزيز

النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام

أشرفت على طباعته إدارة الثقافة والنشر بالجامعة